Vorhoff der gantzen JURIS-PRUDENZ,

Oder

Vollständige Einleitung

zum

Jure Civili, Feudali, Canonico und Publico.

Sieben und zwantzigster Theil.

Braunschweig, MDCC XXXIII.
Zu finden bey Simon Jacob Rengern.

LIBER. III.

CONTINVATIO

TIT. XXI.

DE

FIDEIVSSORIBVS.

Zum 3) ist die Bürgschafft einer Weibs-Person auch zu Recht beständig und gültig, ohne daß sie durch das SCtum Vellejanum und die Avthent. Si qua mulier C. ad SCt. Vellej. kan impugniret werden, wenn die Weibs-Person von dem Haupt-Schuldner, vor dem sie sich verbürget hat, würcklich genugsame Sicherheit, entweder durch Pfänder, Bürgen, oder auf andere Weise bekommen, daß sie also, wenn sie gleich bezahlen müste, dennoch nicht in Schaden und Verlust ihres Vermögens käme. l. 16. pr. l.

22. ff. ad SCt. Vellejan. jedoch aber muß sie solche gnugsame Sicherheit auch würcklich bekommen haben, keinesweges aber ist es genug, daß ihr solche nur versprochen, aber nicht bestellet worden. HERING. de fidejuss. c. 7. n. 442. Zum 4) ist die Verbürgung einer Weibs-Person auch beständig und gültig, wenn der Schuldner ihr das Geld, vor welches sie sich verbürget hat, gegeben hat, l. 22. l. 26. pr. ad SCt. Vellej. TITIUS J. P. lib. 6. cap. 16. §. 18. Wenn sie 5) einen Betrug dabey begangen, und dadurch den Gläubiger verführet, der Gläubiger kan solchen Betrug auch beweisen, so ist sie auch an ihre Bürgschafft gebunden, quia jura deceptis non decipientibus succurrunt. Noch ferner und 6) wenn sie sich vor einen andern, bey minorennen oder minderjährigen, item einer Kirche, Schule und Hospital und andern piis causis verbürget hat, so ist sie auch an ihre Bürgschafft gebunden, und kan sich darwider mit dem SCto Vellejano und der Avthentica si qua mulier nicht schützen, sondern muß die Summa, vor welche sie sich verbürget hat, bezahlen, aus Ursachen quia privilegiatus contra æque privilegiatum jure suo non utitur. l. 12. ff. de minor. l. 32. ff. ad SCt. Vellej. MEVIUS p. 2. Decis. 85. & p. 7. Decis. 239. RICHTER p. 2. Decis. 76. n. 95.

So ist die Weibs-Person auch an die Fidejussion gebunden, wenn die sich vor einen andern verbürgende Weibs-Person, nach Verlauff

lauff zweyer Jahre, ihre vorher geschehene Verbürgung nochmahls wiederholet, aus Ursachen, weil alsdenn nicht mehr gesagt werden mag, daß selbige aus Leichtsinnigkeit ihres Geschlechtes sich darzu verleiten lassen, vielmehr, daß sie wohlbedächtig und mit freyen Willen sich verbürget habe, durch die Wiederholung der Bürgschafft an den Tag geleget. l. 22. C. ad SCt. Vellej. ibique BRUNNEM. MEVIUS p. 6. Dec. 299. HAHN. ad WESENB. Tit. ad SCt. Vellej. n. 8. Jedoch muß die Weibs-Person zu der Zeit, da die Verbürgung geschehen, auch majorenn gewesen seyn, sie wolte aber nach Verlauff zweyer Jahre, da sie majorenn geworden, ihre Verbürgung wiederholen, so hat doch dasselbe keine Krafft Rechtens, sondern der geschehenen Wiederholung ungeachtet kan sich die Weibs-Person doch des SCti Vellejani bedienen, und ist an ihre wiederholte Verbürgung nicht gebunden; aus Ursachen, weil diese Bürgschafft ipso jure null und nichtig, mithin dieses nicht eine Verdoppelung der Bürgschafft, sondern vielmehr eine nochmahlige Wiederholung einer gleich von Anfange ungültigen Handlung ist. SCHROETER Disp. de eo quod justum est circa geminationem §. 18. Daher weil die Verbürgung einer Ehefrauen vor ihren Mann null und nichtig ist, so mag dieselbige auch nicht gültig und zu Recht beständig werden, wenn sie gleich nach Verlauff

zweyer Jahre selbige ausdrücklich wiederholet hat. AVTH. si qua mulier C. ad SCt. Vellej. Nov. 134. cap. 8. BRUNNEM. ad l. 22. C. de SCto Vellej. STRUV. S. I. C. Ex. 21. th. 10.

Die Verbürgung einer Weibs-Person ist auch zu Recht beständig und gültig, wenn sie ihre Verbürgung eydlich bestärcket hat. STRUV. S. I. C. Ex. 21. th. 11. seqq. ibique MULLER. Und ist nicht nöthig, daß sie einen zierlichen und solennen Eyd unter der Formul: **So wahr mir GOtt helffe und sein heiliges Wort**, abgeleget habe, sondern es ist schon gut, wenn der Eyd durch gleichlautende Worte, z. E. **an Eydes statt**: item **bey dem Worte der ewigen Wahrheit** abgeleget worden, so wenig als es nöthig ist, daß der Eyd actu corporali abgeleget worden, sondern es ist auch genug, wenn er nur in Schrifften verrichtet werde. MEVIUS p. 1. Dec. 146. n. 5. STRYCK. Us. Mod. ff. Tit. ad SCt. Vellej. §. 10. PHILIPPI ad Decis. Elect. 25. Obs. 2. §. 8. & Obs. 4. So darff auch dergleichen eydliche Verbürgung nicht nothwendig in einem vor 3. Zeugen unterschriebenen Instrumente geschehen, vielweniger muß es gerichtlich geschehen, sondern es mag gar wohl ausser Gerichten, und in einem privat-Instrumente geschehen. BERGER. Oecon. Jur. p. 616. SCHILTER. ad ff. Ex. 28. th. 11.

Letzlich ist auch die Verbürgung einer Weibs-Person zu Recht beständig und gültig, wenn

wenn nehmlich die Weibs-Person dem Beneficio SCti Vellejani und der Avthenticæ si qua mulier ausdrücklich und nahmentlich renunciret hat. arg. l. pen. C. de pact. l. fin. §. pen. ff. ad SCt. Vellej. AVTH. Matri & Aviæ C. quando mulier tut. offic. SCHILTER. Ex. ad ff. 28. §. 10. seqq. STRUVII S. I. C. Ex. 21. th. 11. ibique MULLER. STRYCK. Us. Mod. ff. Tit. de SCto Vellejan. §. 8. & Caut. Contract. Sect. 2. cap. 6. §. 6. Jedoch wird darzu erfordert, soll andrergestalt diese Renunciation, und durch selbige die Verbürgung der Weibs-Person zu Recht beständig und gültig seyn 1) daß sie sich des SCti Vellejani und der Avthenticæ si qua mulier ausdrücklich und nahmentlich begebe, und ist es nicht genug, daß sie nur allein überhaupt allen und ieden weiblichen Gerechtigkeiten renuncire. 2) So muß ihr auch die Rechts-Wohlthat, so denen Weibes-Personen mittelst des SCti Vellejani und der Avthenticæ si qua mulier in Ansehung der Verbürgung zustehet, deutlich seyn erklähret, und ihr dieselbe vor der Verzicht dererselben vorgestellet worden seyn, widrigenfalls, wenn dieses nicht geschehen, und ist keine Erklährung und Certioratio beneficiorum muliebrium vorhergegangen, so ist dieselbe Renunciatio auch nicht zu Recht beständig, mithin kan sich die Weibs-Person dennoch wider solche Verbürgung mit dem SCto Vellejano schützen. HAHN. ad WE-

SENBEC. Tit. de SCto Vellej. n. 9. RICHTER. in Expos. Avthent. si qua mulier n. 23. CARPZOV. de jure fœmin. Dec. 4. pos. 1. & 2. STRYCK. Us. Mod. ff. Tit. de SCto Vellej. §. 20. BOEHMER. Disp. de efficaci mulierum intercessione cap. 2. §. 14. so gar, daß wenn auch die Renunciation mit einem cörperlichen Eyde ist bestärcket worden, wenn solche Erklährung derer Rechts-Wohlthaten unterlassen worden, selbige unkräfftig und ungültig ist, sintemahl niemand einem Rechte renunciren kan, von dem er nichts weiß, noch es verstehet. l. 8. ff. de his qui not. infam. l. 3. §. 31. ff. ad SCt. Silan. WILDVOGEL Resp. 235. n. 4. auch ieder Eyd zu seiner Gültigkeit nothwendig einen vollkommenen Verstand und Wissenschafft desjenigen, worüber er schwören soll, erfordert. arg. c. 26. X. de jurejur. auch nicht sowohl die Worte des Schwörenden, als vielmehr derselben Verstand, Wille, und Einwilligung angesehen werden muß, welche beyde Stücke aber bey der Verzicht eines ihm unbekandten Rechtes ermangeln, BERLICH p. 2. concl. 19 n. 32. STRYCK. Us. Mod. l. c. §. 25. LEYSER. Medit. ad ff. Vol. 3. spec. 170. §. 3. BOEHMER. Disp. cit. cap. 2. §. 19. Jedoch ist es nicht nöthig, daß sothane Renunciatio gerichtlich oder in einem von 3. Zeugen unterschriebenen Instrumente nothwendig geschehen müsse, sondern wenn solche Renunciation in einem privat-Instrument, oder in einem

nem Brieffe an den Gläubiger geschehen ist, so ist dieselbige allerdings schon zu Recht beständig und gültig. l. 30. pr. ff. ad SCt. Vellej. TITIUS in J. Priv. l. c. §. 18. FRANTZK. ad ff. Tit. de SCto Vellej. n. 39. So ist auch nicht nöthig, daß solche renunciatio mit einem Eyde bekräfftiget sey, sondern schon eine blosse und schlechte Renunciatio ist zu Recht beständig und gültig. TITIUS l. c. §. 18. HAHN. ad WESENBEC. Tit. de SCto Vellej. n. 9. CARPZOV. p. 2. C. 16. Def. 17. GAIL. 2. Obs. 77. STRYCK. Us. Mod. l. c. §. 18.

Dieses alles was bisher gesagt worden, verhält sich also nach dem Jure Civili, und an denen Orten, wo man demselbigen nachgehet. Hingegen, was das Chur-Sächsische Recht anbetrifft, so machet man zuförderst einen Unterscheid, ob die Weibs-Person sich vor einen andern, oder aber vor ihren Mann verbürget habe. Im ersten Falle, wenn sie ihren Rechten, nach deren vorhergegangener gebührenden Erklährung renunciret hat, ist selbige Verzicht bey der Verbürgung vor einem Fremden nicht anders gültig, als wenn 1) eine majorenne Weibes-Person dergleichen thut, 2) solche Renunciation gerichtlich geschehen, 3) auch solche Renunciation mit Genehmhaltung und Autorität ihres bestätigten Curatoris geschehen, und denn 4) mit deutlichen Worten sich des SCti Vellejani begebe. Im andern

Falle hingegen, und wenn sie vor ihren Mann sich verbürget, und des SCti Vellejani sammt der Avthenticæ, si qua mulier sich begiebt, so ist diese Verzicht dieser heylsamen Beneficiorum, wenn sie auf die Masse, wie sie bey der Verbürgung vor Fremde angeführter massen geschehen muß, vorgenommen worden, zwar in Ansehung derer bonorum paraphernalium und receptitiorum zu Recht beständig und gültig; hingegen, soll der Frauen ihre Renunciation derselben sämtliches Vermögen, und also nicht allein die paraphernalia und receptitia, sondern auch die dotalia obligiren und verbinden, so wird noch darzu erfodert, daß sie nehmlich über diese 4. bey der Verbürgung vor einen Fremden angeführte Requisita (von denen doch das dritte, nehmlich der Consens und Autorität ihres bestätigten Curatoris nicht vonnöthen ist, weil in allen und ieden Fällen, wo die Weibs-Person sich durch einen Eyd verbindet, der Curator nicht nöthig, noch darein willigen muß. arg. Avth. Sacramenta puberum C. si advers. vendit. BERGER. Oecon. Jur. l. 3. tit. 3. §. 8. not. 8.) mit einem cörperlichen Eyde, mittelst der Formul: **So wahr mir GOtt helffe, und sein heiliges Wort**, ihren Beneficiis und dem SCto Vellejano sammt der Avthenticæ: Si qua mulier, nahmentlich und ausdrücklich in Person und mündlich im Gerichte renuncire.

Nach Betrachtung derer Personen, welche

che sich nicht verbürgen können, komme ich nun auf das Objectum einer ieden Bürgschafft. Und da ist denn zu sagen: Das Objectum einer ieden Bürgschafft seyn obligationes alienæ, quas fideiussores in suam fidem recipiunt: Mithin, soll eine Bürgschafft geschehen, so wird erfordert obligatio alterius præcedens, cui fidejussor accedere possit. Denn wenn keine obligatio vorhergegangen, so kan auch keine Bürgschafft geschehen, quia fideiussio est contractus accessorius, sine principali consistere nequiens. §. 1. 3. 5. I. h. t. l. 6. §. 2. l. 11. §. 16. pr. ff. de fideiuss. So muß es auch eine obligatio aliena seyn, das ist, es muß ein anderer als der Bürge sich iemanden verbündlich gemachet haben, aus Ursachen, quia nemo pro se fideiubet. l. 116. ff. de V. O. l. fin. ff. de R. C. l. 21. ff. de solut. pr. I. h. t. l. 21. ff. de fideiuss.

Weil nun aber die Fideiussio ein negotium accessorium, & obligatio fideiussoris in principalem obligationem referenda, so folget von sich selbsten, quod fideiussor in plus quam principalis teneri non possit, d. i. daß der Bürge zu was mehrern sich nicht verbinden könne, als zu was der Haupt-Schuldner in der Haupt-Obligation verbunden ist, non enim plus potest esse in accessione, quam in re principali. §. 5. I. h. t. l. 8. §. 7. l. 16. §. 1. l. 34. l. 49. §. 2. l. 70. pr. ff. de fideiussor. Daher wenn der Schuldner 1000. Thaler geborgt hätte, so kan sich der

der Bürge nicht auf 2000. Thl. verbürgen, sondern seine Bürgschafft ist nur in Ansehung derer in der Haupt-Obligation schuldigen 1000. Thaler zu Recht beständig, was aber die übrigen 1000. Thaler anbetrifft, in Ansehung derer selben ist die Bürgschafft null und nichtig, und der Bürge daran nicht gebunden. CARPZ. P. 2. C. 19. Def. 9. n. 13. VOETIUS ad ff. Tit. de fideiussor. n. 4. BEYER. posit. 29. STRYCK. Us. Mod. Tit. de fideiuss. §. 9. Hingegen kan sich der Bürge arctius & efficacius allerdings obligiren, als der Haupt-Schuldner, z. E. es kan sich der Bürge sub nexu iuramenti obligiren, sub pacto executivo, oder unter einer gewissen Straffe, wenn gleich der Haupt-Schuldner sich nicht so feste verbunden hat, item er kan ein Pfand dem Gläubiger geben, wenn gleich der Haupt-Schuldner kein Pfand gegeben, aus Ursachen, quia efficacior saltem est obligatio, non vero in plus se obligavit. l. 7. l. 16. §. 4. l. 25. l. 59. ff. de fideiuss. STRYCK. Us. Mod. ff. Tit. de fideiuss. §. 15. & in Cautel. Contract. Sect. 2. cap. 1. §. 37. STRUV. S. I. C. Ex. 47. th. 41. ibique MULLER. LAUTERB. Disp. de Fideiuss. th. 15. & Disp. de pœna conventionali th. 20. & 21.

Wie nun dieses der Endzweck einer ieden Verbürgung ist, daß nehmlich der Gläubiger wegen der Bezahlung gesichert sey, also bestehet auch der Effect einer ieden Bürg-

schafft

schafft darinnen, daß nehmlich der Bürge dem Gläubiger ebenermassen als der Haupt-Schuldner in solidum obligiret sey. Nicht aber allein der Bürge, sondern auch desselben Erben seyn dem Gläubiger vor diese Schuld des Haupt-Schuldners obligiret, dergestalt, daß auch der Gläubiger von des Bürgen seinen Erben die Zahlung des dem Haupt-Schuldner dargelehnten Capitals fordern könne. §. 2. I. h. t. l. 4. §. 1. l. 5. ff. l. 24. C. de fideiuss. Carpz. P. 2. C. 20. Def. 1. Ja wenn auch in der Verbürgung von denen Erben gar nichts gedacht worden, so seyn des Bürgen seine Erben doch an die Bürgschafft verbunden, und müssen das Geld zahlen, aus Ursachen, weil dieses die Natur und Eigenschafft aller Contracte ist, daß auch die Erben daran gebunden sind, überhaupt aber und ins besondere auch Rechtens ist, quod omnis stipulatio ad hæredes transmittatur. l. 13. C. de contrah. stipul. Carpz. l. c. Ja wenn auch gleich die particula taxativa in der Verbürgung befindlich, z. E. quod solus, tantum, duntaxat, obligari velit, so ist doch diese particula taxativa nur bloß zu verstehen quoad personas extraneas, nicht aber quoad personas hæredum, mithin seyn durch diese Rede nicht die Erben des contrahirenden oder sich verbürgenden, sondern vielmehr nur personæ extraneæ ausgeschlossen. l. 8. §. 4. ff. de pignor. act. l. 38. pr. ff. de V. O. Berlich.

LICH. P. 2. Concl. 26. n. 19. CARPZOV. P. 2. C. 20. Def. 2. STRYCK. Us. Mod. l. c. §. 12. Es wären denn die Erben des Bürgen nahmentlich und ausdrücklich von der Verbindlichkeit der Bürgschafft ausgenommen. Z. E. es hat sich der Bürge dergestalt verbunden, daß er vor seine Person allein, nicht aber vor seine Erben, an solche Bürgschafft gebunden seyn solte. Denn in diesem Falle folget von sich selbst, daß die Erben des Bürgen aus dieser Bürgschafft von dem Gläubiger nicht mögen belanget werden, weil die Obligation aus der Bürgschafft bey dieser Art der Verbürgung durch den Tod des Bürgen erloschen und extinguiret ist, pacta vero dant legem contractui. LAUTERB. Coll. Theor Pract. Lib. 46. Tit. 1. §. 28. Eben so verhält es sich auch, wenn sie tacite von der Verbürgung ausgenommen und befreyet sind, z. E. in der Haupt-Obligation oder Schuld-Verschreibung ist ausgemacht worden, daß wenn der Bürge stürbe, der Schuldner einen andern Bürgen setzen solle. Denn in diesem Falle giebt der Gläubiger stillschweigends zu erkennen, er wolle sich nur allein an den Bürgen, nicht aber an desselben Erben halten, mithin kan er auch des Bürgen Erben nicht anpacken, nisi executio in bona vivi fideiussoris facta. arg. l. 219. ff. de V. S. CARPZ. P. 2. C. 20. Def. 5. seqq. HERING. de fideiuss. c. 20. n. 60. BRUNNEM.

ad l. 8. ff. de pact. n. 8. Unterdessen in denenjenigen Fällen, wo die Erben des Bürgen, nach der generalen Regel auch gültiger Weise aus der Bürgschafft verbunden sind, ist doch auch dieses wohl zu überlegen, daß wenn nehmlich der Bürge viele Erben hinter sich verliesse, diese Erben nicht in solidum verhafftet, noch dieselbigen dergestalt verbunden sind, daß wenn der Gläubiger einen von dieses Bürgens nachgelassenen Erben in Anspruch nimmt, der verklagte Erbe die gantze Summa, wovor er sich verbürget hat, zu bezahlen schuldig sey, sondern er darff nur so viel bezahlen, soviel nehmlich von der Summa auf seinen Erbantheil kömmt, das übrige hingegen muß der Gläubiger von denen andern Erben suchen. l. 24. l. 49. §. 1. ff. de fidejuss. l. 1. l. 7. C. de hæred. act. l. 1. C. si cert. per. Und hindert nichts, daß die Fideiussio eine obligatio individua sey; nam respectu defuncti omnes hæredes simul sumpti, in solidum tenentur, respectu vero hæredum regulariter omnes obligationes & actiones tam active quam passive, ipso jure dividantur, *l. 6. C. famil. ercisc.* cum unusquisque defunctum repræsentet pro ea parte, pro qua hæres est. Gomez, tom. 2. Var. Resolut. c. 10. n. 3. Mevius P. 6. Dec. 94. & p. 5. Dec. 66. Voetius ad Tit. ff. de fideiussor. §. 28.

Wenn nun aber solchergestalt dieses der erste Effect einer Bürgschafft ist, nehmlich, daß

daß durch selbige der Bürge und ordentlicher Weise dessen Erben dem Gläubiger verbunden werden, so fragt es sich, in wie weit denn diese Verbindlichkeit des Bürgen sich erstrecke? Hierauf dienet nun zur Antwort. Man muß 3. Fälle wohl von einander unterscheiden. Ob sich der Bürge 1) ad certam summam, oder 2) simpliciter, oder auch 3) expresse in omnem causam verbündlich gemacht. Im ersten Falle, und wenn sich der Bürge ad certam summam verpflichtet hat, oder aber er hat gesagt, ich verspreche, daß ich mich vor dieses Capital derer 1000. Thaler verbürge, und solches als Selbst-Schuldner bezahlen will, so ist der Bürge zu was weitern nicht verbunden, mithin wenn die Obligation auf 2000. Thaler, er hat sich aber nur auf 1000. Thaler verbürget, so darf er die übrigen 1000. Thaler nicht bezahlen, aus Ursachen quia fidejussor quidem in majorem summam, quam principalis debet, se obligari nequit, bene tamen in minorem l. 8. §. 7. ff. h. r. Ja in diesem Falle darf der Bürge auch nicht die Zinsen oder Interessen von dem Capital, davor er sich verbürget hat, bezahlen. l. 68. §. 1. ff. de fideiuss. Ja es folget auch daraus, quod si obligatio principalis ex mora vel culpa fuerit aucta sicque debitor principalis ex sua mora ad usuras obligetur, ad illas tamen hic fideiussor non tenetur, nisi ipse moram commiserit aut se ex-

presse

presse ad usuras obligaverit l. 68. §. 1. ff. l. 10. C. de fidejussor. dem auch der l. 88. ff. de V.O. nicht im Wege stehet, wo es heisset, quod etiam mora principalis fideiussori quoque nocere debeat, denn diese Dispositio des angeführten L. 88. ff. de V.O. verstehet sich nur de obligationis perpetuitate, non vero de eius augmento, oder nocet, quod ad perpetuandam, non autem, quod ad augendam obligationem attinet. Daher wenn der Schuldner hat die Sache zu bestimmter Zeit geben sollen, er ist aber in mora, und hat sie nicht gegeben, es verdirbt auch nachgehends die Sache, so ist dadurch die Bürgschafft nicht erloschen, sondern vielmehr sowohl die obligatio principalis des Haupt-Schuldners, als auch des Bürgens wird perpetuiret, und muß, wenn der Schuldner nicht im Stande zu bezahlen, den Werth derselben Sache bezahlen, ob er der Bürge gleich von seiner Seite keinen Verzug begangen hat. l. 58. §. 1. ff. de fidej. BERGER Resolut. Leg. Obstant. h. t. verb. obst. 88. HERING. de Fideiuss. cap. 24. n. 124. CARPZ. P. 2. C. 19. Def. 2.

Was den andern Fall anlanget, wenn nehmlich der Bürge sich simpliciter schlechtweg, z. E. fidejubeo pro Titio mithin weder ad certam summam, noch in omnem causam verbunden hat, so muß er nicht allein die gantze Summa, welche geborget ist, sondern auch die Interessen davon bezahlen. l. 68. §. 1. l 10. C.

de fideiuss. CARPZ. P. 2. C. 19. Def. 8. STRYCK. Us. Mod. ff. Tit. de fidejussor. §. 11. & 12, aus Ursachen quia indefinita in jure æquipollet universali & insuper simpliciter fideiubens, etiam fideiubere videtur in omnem causam ex natura illius negotii descendentem l. 56. §. 2. l. 52. §. 2. ff. de fideiuss. STRYCK. Us. Mod. ff. l. & §. cit.

Den dritten Fall betreffende, so ist kein Zweiffel, daß der Bürge obligiret und verbunden werde, non tantum ad ea quæ tempore fideiussionis in obligatione fuerunt, sed & quæ ex postfacto accesserunt, usuras scilicet & omne interesse l. 54. pr. ff. loc. cond. l. 7. C. de pact. int. empt. BACHOV. ad TREUTLER. Vol. 1. Disp. 23. th. 5. lit. B. & E. VINNIUS sel. quæst. l. 2. c. 10. ob wohl am besten und sichersten ist, daß zu Vermeidung aller und ieder Weitläufftigkeiten in die Obligation und Verbürgung dieses gesetzet werde, es wolte der Bürge gehalten seyn und sich verbindlich machen, in omnem causam atque eventum ad usuras & accessiones, wie solches HAHNIUS ad WESENBEC. Tit. de fideiussor. n. 6. verb. *non etiam* ausdrücklich bestätiget.

Wie nun also aus solcher Verbindlichkeit derer Bürgen wiederum dieser Effect und Würckung erfolget, daß nehmlich der Gläubiger die Bürgen mittelst der condictionis certi, oder wie STRYCK de act. for. investig. Sect. 1. m. 5. §. 42. & m. 7. §. 1. es nennet, mittelst

der

der condictionis ex moribus, zur Bezahlung der Post, vor welche sie sich verbürget haben, belangen und verklagen kan, sie auch schuldig sind, solche Forderung zu bezahlen, also ist hinwiederum zu gedencken, daß denen Bürgen nicht minder in dem Falle, wenn sie verklaget werden, gewisse beneficia juris nachgelassen seyn, mittelst deren sie sich wider die von ihnen geforderte Zahlung theils eine Zeitlang, theils einiger massen schützen können, und ist das eine das beneficium ordinis, das andere das beneficium divisionis, das dritte das beneficium cedendarum actionum. Was das erste, nehmlich das beneficium ordinis anlanget, davon will ich folgendes anführen. Es ist nehmlich oben angeführet worden, daß der Bürge æque obligiret würde, als der Haupt-Schuldner selbsten. Es ist auch aus dem Jure Digestorum nud Codicis zur Gnüge bekant, daß es in des Gläubigers Gefallen gestanden, ob er nehmlich lieber den Principal und Haupt-Schuldner, oder aber den Bürgen anpacken und rechtlich belangen wollen. l 3. ff. l. 3. C. de fideiuss. Hingegen hat der Käyser Justinianus vor billiger geachtet, daß denen Bürgen vor ihre Gutthat nicht ein übeles zugefüget werden möge, und dannenhero in der Billigkeit gefunden, daß selbige nicht eher aus ihrer Bürgschafft belanget werden möchten, als bis der Haupt-Schuldner zuvor ausgeklaget und excutiret, derselbe

aber in solchem Zustande gefunden worden, daß er nicht zu bezahlen habe, oder wie man sonst spricht, nicht solvendo sey. f. ut excutiatur prius debitor principalis, qui solus utilitatem ex contractu sensit, vel qui aurum, id est, pecuniam accepit, debitumque contraxit, quam ad fideiussorem vel similem intercessorem eatur. NOVELLA 4. cap. 1. Und dieses heisset nun das beneficium ordinis oder excussionis. Es wird aber solches beneficium beschrieben, daß es sey ein privilegium in favorem reorum, qui minus principaliter tenentur, concessum, ne bonis principalis debitoris nondum excussis, ipsi cum effectu conveniantur, welche Definition zu finden in LAUTERBACHII Disp. de beneficio excussionis th. 5.

Sothanes Beneficium ordinis, oder excussionis, welches auch sonst das beneficium novæ constitutionis genennet wird, aus Ursachen, weil solches allererst durch die 4te Novell. eingeführet worden, STRYCK. ad LAUTERB. Tit. de Fideiuss. verb. *ordinis* stehet nun allen Bürgen zu, sie mögen simplices oder succedanei seyn. Nov. 4. cap. 1. AUTH. præsente C. de fideiuss. Denn dieweil die Rück-Bürgen, oder fideiussores succedanei in Ansehung des Principal-Bürgens Rei seyn, so folget von sich selbst, daß wenn der Principal-Bürge vor den Haupt-Schuldner bezahlen müssen, er nicht eher den Ruck-Bürgen rechtlich belangen kan, als

als bis zuvor der Haupt-Schuldner excutiret, und der bezahlende Bürge von ihm seine Befriedigung nicht erhalten können. l. 27. §. 4. ff. de fideiuss. Hingegen der fideiussor indemnitatis oder Schadloß-Bürge braucht seiner Natur nach dieses beneficium excussionis nicht. Denn seiner Natur nach kan er nicht eher belanget werden, als bis der Haupt-Schuldner excutiret, und nicht im Stande zu bezahlen ist. l. 116. ff. de V. O. Ja dieser Satz von dem Schadloß-Bürgen findet auch statt, etiamsi de præstandis promissis juramentum præstiterit, quia juramentum imitatur naturam contractus, illiusque conditiones recipit l. fin. C. de nonnumer. pec. Struv. S. I. C. Ex. 47. th. 43. ibique Muller. Stryck. Us. Mod. ff. lib. 46. Tit. 1. §. 19. & in Caut. Contract. Sect. 2. cap. 6. §. 24. Eben so verhält es sich auch, wenn er gleich überhaupt, allen und ieden Rechts-Wohlthaten, und besonders noch dem beneficio excussionis renunciret hat, aus Ursachen, quia quod quis non habet, ei renunciare nequit. Carpz. P. 2. C. 17 Def. 7. n. 7. Hahn. ad Wesenbec. Tit. de fideiussor. n. 6. verb. *Aut excussis.*

Denenjenigen Bürgen aber, welchen das beneficium excussionis oder ordinis zustehet, kömmt selbiges auch zu statten, wenn gleich der Bürgschafft diese Clausul beygefüget worden; **Alles treulich, sondere arge List, und ohne Gefährde.** Quia hæc clausula nihil im-

 portat

portat aliud, quam dolum & fraudem abesse debere. arg. l. 13. §. 1 ff. de injur. CARPZ. P. 2. C. 18. Def. 3. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. lib. 46. Tit. 1. §. 35. Eben also verhält es sich auch, wenn sich gleich der Bürge als einen Selbst-Schuldner obligiret und verschrieben hat, aus Ursachen, weil diese Clausul weiter nichts, als enixum sc. obligandi animum declariret, nicht aber eine Verzicht dieses beneficii in sich enthält. arg. l. 3. C. de fideiuss. Nov. 4. cap. 1. CARPZ. P. 2. C. 18. Def. 2. STRYCK. Disp. de beneficio excussionis th. 22. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. lib. 46. Tit. 1. §. 35.

Dieses Beneficium ordinis oder excussionis kömmt nun nicht etwan bloß denen Bürgen in Person, sondern auch dererselben Erben und Successoribus zu statten, aus Ursachen, weil es nicht etwan ein blosses beneficium personale, sondern auch reale ist, mithin können sich auch die Erben durch dieses beneficium so lange wider die Zahlung schützen, bis der Haupt-Schuldner excutiret worden. CARPZ. P. 2. C. 20. Def. 3. HERING. de fidejuss. cap. 27. n. 192. Es findet auch dieses beneficium statt, wenn gleich der Haupt-Schuldner bereits gestorben: denn in diesem Falle kan sich doch der Bürge schützen, mit dem beneficio ordinis, so lange bis des Haupt-Schuldners Erben excutiret worden sind. Nov. 4. c. 2. AUTHENT. Hoc si, C. de pignor. LAUTERB. l. c. §. 36.

Un-

Unterdessen aber finden sich doch auch Fälle, wo denen Bürgen das beneficium ordinis & excussionis nicht zu statten kömmt. Als 1) wenn der Bürge diesem beneficio expresse und specialiter renunciret hat. Jedoch wird eine renunciatio expressa und specialis erfordert, dergestalt, daß der Bürge sich dieses beneficii ausdrücklich und nahmentlich begeben habe. Daher die renunciatio generalissima aller und ieder Rechts-Wohlthaten, nicht minder auch die renunciatio subalterna, **er begäbe sich aller Rechts-Wohlthaten, so iemahls einen Bürgen zu statten kommen,** in Chur-Sachsen (wohl aber an manchen Orten) nicht gültig ist, sondern dem ohngeachtet sich der Bürge des beneficii ordinis gebrauchen kan. Zum 2) kan sich der Bürge auch nicht des beneficii ordinis gebrauchen, wenn er nemlich boßhaffter Weise geleugnet, er sey nicht Bürge worden. arg. 10. §. 3. ff. de fideiussor. CARPZ. p. 2. C. 18. Def. 6. VOETIUS ad Tit. ff. de fideiuss. §. 18. STRYCK. Us. Mod. ff. h. t. §. 23. Vors 3) si dolose impedivit excussionem contra debitorem instituere, d. i. wenn er nehmlich betrüglicher Weise verhindert hat, daß der Haupt-Schuldner nicht hat von dem Gläubiger excutiret werden können. l. 3. C. de exact. trib. HERING. de fideiuss. cap. 27. n. 240. Zum 4) wenn ein Kauffmann bey einem Kauffmanne vor einen andern sich verbürget Nov.

4. c.fin. §.fin. CARPZ. p. 2. C. 20. Def. 7. SCHILTER. Exerc. ad ff. 48. §. 23. CARPZ. lib. 2. Resp. 74. ob auch schon der Haupt-Schuldner kein Kauffmann ist. CARPZ. lib. 2. Resp. 74. STRYCK Us. Mod. Tit. de fidej. §. 22. LUDOVICI Einleitung zum Wechsel Processe c. 10. §. 10. Es ist auch 5) dieses beneficium denen Bürgen nicht zuständig, wenn nehmlich der Haupt-Schuldner nicht belanget und in Anspruch genommen werden kan, z. E. es ist der Haupt-Schuldner nur naturaliter, nicht aber civiliter obligiret, welches geschehen kan, wenn ein unter väterlicher Gewalt noch stehender Sohn Geld geborget hat, es verbürget sich iemand vor ihm, so kan der Bürge sich nicht mit dem beneficio ordinis schützen, aus Ursachen, weil der Gläubiger den Haupt-Schuldner nicht verklagen kan, und wenn er ihn gleich verklagen wolte, würde sich derselbige doch mit dem SCto Macedoniano hierwider schützen, mithin wäre seine Klage ohne Effect, ubi vero nulla principalis debitoris locum habet conventio, ibi frustra eiusdem petitur excussio. l. 25. ff. de fideiuss. GAIL. l. 2. Obs. 28. n. 20. CARPZ. p. 2. C. 20. Def. 8. VOETIUS ad ff. Tit. de fideiuss. §. 18. Und aus diesen Principio, daß wenn der Haupt-Schuldner nicht kan in Anspruch genommen und ausgeklaget werden, sodenn das beneficium excussionis nicht statt finde, folget wiederum dieses, daß wenn der Haupt-Schuldner

ner in weitentlegene Länder verreiset, mithin der Gläubiger denselben nicht excutiren kan, oder wenn er ex alia causa conventionis difficillimæ wäre, ja wenn gar nichts vorhanden wäre, davon der Gläubiger sich bezahlt machen könne, daß sodenn der Bürge sich mit dem beneficio excussionis nicht schützen könne. Ubi enim nulla est bonorum possessio ibi frustra illorum petitur excussio. VOETIUS ad ff. d. l. §. 17. seqq. STRYCK in Us. modern. §. 21. h. t. Ferner und vors 6) so fällt das beneficium excussionis auch weg, wenn nehmlich sich iemand vor den Landes-Fürsten, Fiscum, oder eine andere Communität und Universität verbürget hat, aus Ursachen, quia talis semper solvendo præsumitur. Ne autem inanis sit hæc fideiussio, huic beneficio tacite renunciatum videtur. HERING. de fideiuss. cap. 27. n. 308. CARPZ. p. 2. C. 20. Def. 9. STRYCK. in Us. Mod. ff. Lib. 45. Tit. 1. §. 22. Hierzu kömmt noch 7) wenn der Bürge des Haupt-Schuldners Erbschafft angetreten hat sine inventario, aus Ursachen, weil solchergestalt die obligatio fideiussoria confusione extinguiret und erloschen ist. l. 13. ff. de duob. reis. Hat er hingegen die Erbschafft cum beneficio inventarii angetreten, so stehet ihm noch die exceptio beneficii ordinis sive excussionis zu, dergestalt, daß zuförderst die Verlassenschafft muß excutiret werden, und wenn dieselbige nicht zulänglich, alsdenn erst wird

er angehalten das übrige zu bezahlen, quia tunc ex propria convenitur obligatione CARPZ. p. 2. C. 20. Def. 13.

TIT. XXII.

DE LITERARUM OBLIGATIONIBUS.

DAsjenige, was in diesen Titul abzuhandeln, und was noch in Praxi heutiges Tages einen Nutzen hat, ist die Lehre von der Exceptione non numeratæ pecuniæ. Denn es ist bekandt, daß unterweilen einer eine schrifftliche Obligation und Bekäntniß aufsetzet, in welcher er bekennet, der andere habe ihm so viel Geld gegeben, ehe er noch das Geld bekommen hat. Er erhält nachgehends das Geld nicht, in demselben Falle stehet ihm nun die Querela non numeratæ pecuniæ zu.

Es ist aber die querela non numeratæ pecuniæ nichts anders als ein remedium juris, quo quis pecuniam, quam spe futuræ numerationis accepisse confessus est, se non accepisse conqueritur, wie solche LAUTERBACH in Colleg. Theor. Pract. Lib. XII. Tit. 1. §. 56. beschreibet.

Sothane querela non numeratæ pecuniæ wird nun auf verschiedene Weise im Gerichte pro-

proponiret und angestellet, entweder per modum exceptionis, oder aber per modum replicationis, oder auch per modum denunciationis seu protestationis.

Per modum Exceptionis kan dieselbige opponiret werden in demselben Falle, wenn nehmlich derjenige, welcher eine solche Obligation spe futuræ numerationis ausgestellet hat, von demjenigen, der selbige empfangen, aus dieser Obligation belanget und verklaget wird. Denn in solchem Falle kan er sich wider diese Klage mittelst der exceptionis non numeratæ pecuniæ billig schützen. LAUTERB. Compend. Jur. Tit. de Reb. Cred. Lit. D.

Per modum Replicæ kan sie auch opponiret werden contra Apocham Creditoris, oder wenn der Gläubiger den Schuldner aus der Obligation belanget, dieser aber opponiret ihm die ausgestellte Quittung und mittelst derselben die exceptionem solutionis. Denn in solchem Falle kan Kläger allerdings die replicam non numeratæ pecuniæ wider die opponirte Quittung folgendergestalt opponiren.

Kläger Titius recognosciret zwar die producirte Quittung vor seine Hand, erinnert aber noch intra trigesimum dabey, wie er solche Quittung in Hoffnung, daß ihm Beklagter die libellirten 100. Thaler überschicken werde, von sich gestellet. Weil aber dasselbe unterblieben, so kan

ihm

ihm vorgeschützte solution nicht dienen, sondern es bittet vielmehr Kläger Beklagten zur Zahlung der libellirten 100. Thaler und dem Interesse, auch allen verursachten Schaden und Unkosten gebührend anzuhalten.

Per modum Denunciationis oder aber protestationis kan es auch geschehen, und zwar si quis protestationem mittat ad creditorem de pecunia nondum numerata & ea propter restituendo chirographo, wie dieses STRYCK. ad LAUTERB. Tit. de R. C. verb. *Denunciationis* behauptet. Und zwar thut der Aussteller einer solchen Obligation oder Quittung wohl, wenn er solche Protestation nicht dem Gegentheil schlechtweg in Schrifften thue, sondern vielmehr entweder vor Notario und Zeugen, oder aber, welches am sichersten ist, gerichtlich also:

P. P.

Titius erscheinet, und erinnert, wie er Cajo seinem Schuldner eine Quittung über 100. Thaler, womit er ihme verhafft, überschicket, der gewissen Zuversicht, daß Cajus solch Geld alsobald mit Uberbringern zurück senden werde. Ob er nun wohl die Quittung angenommen, so hat doch derselbe bis dato keine Zahlung geleistet; damit nun Titius wegen solcher Schuld desto sicherer sey, so will er intra trigesimam hierwider protestiret, und sol-

che

che Protestation ermeldtem Cajo zu denunciren gebeten haben.

quo casu citra actionem & subsecutam litis contestationem perpetuetur negotium. BRUNNEM. *ad l. 8. C. de non numerat. pecun.* PHILIPPI Disp. de Exceptione non numeratæ pecuniæ adversus apocham cap. 4. th. 21.

Sothane Querela non numeratæ pecuniæ kan auch per modum actionis gültiger Weise angestellet werden, und zwar mittelst der condictionis, sine causa, oder der condictionis causa data causa non secuta l. 7. C de non numerata pecunia l. 3. C. de postul. l. 1. §. 1. ff. de con. condict. sine causa. Nicht aber mittelst der condictionis indebiti, aus Ursachen, quia condictio indebiti tunc demum datur, quando ex errore quis indebitum solverit; hic autem dedit sciens propter numerationem, quamvis illa causa postmodum non secuta sit. Es kan auch diese querela non numeratæ pecuniæ mittelst der actionis pignoratitiæ angestellet werden; denn wenn ich an Titium eine Obligation auf 100. Thaler ausgestellet, und ihm zugleich Pfand gegeben, die Zahlung aber nicht erfolget, so kan ich die actionem pigneratitiam allerdings gültiger Weise anstellen, und mittelst derselben, weil das Capital nicht gezahlet, davor ich die Pfänder gegeben, sowohl Pfand, als auch die Obligation und Handschrifft wiederfordern. l. 11. §. 2. ff. de pigner. act. Ja es gehet auch an

an mittelst der Rei Vindication. Denn wenn ich ihm das Pfand gegeben, er hat mir aber nicht das Capital gezahlet, dessentwegen ich ihm das Pfand gegeben habe, so kan ich auch das Pfand durch die Rei Vindication allerdings gültiger Weise wiederfordern, quia res sub conditione data, cessante conditione, remanet in meo dominio. l. 1. C. de R. C. STRYCK. ad LAUTERB. Tit. d. R. C. verb. *rei vindicatione*.

Sothane querelam non numeratæ pecuniæ können nun alle diejenigen, welche eine Obligation ausgestellet, das darinnen enthaltene Geld aber nicht erhalten haben, gültiger Weise anstellen. Competit enim hæc querela omnibus, qui spe futuræ numerationis confessi sunt, se aliquid accepisse, quod postea non acceperunt, *l. 8. l. 14. C. de reb. cred.* Auch derselben Erben können diese Querelam anstellen. Nicht minder die Bürgen, welche sich in der Obligation verbürget haben, können sich, wenn sie aus der Bürgschafft von dem Gläubiger belanget werden, mit der Exceptione non numeratæ pecuniæ schützen, aus Ursachen, quia est exceptio realis, ipsam obligationem tollens, STRYCK. ad LAUTERB. l. c. verb. *& fidejussoribus*. Ja es kan sich derselbigen der Bürge dergestalt gebrauchen, wenn auch gleich der Haupt-Schuldner solches nicht zugeben wolte, und mit seinem Widerwillen. Exceptio enim semel fidejussori quæsita facto debitoris, ipsi auferri

ferri nequit, & interest omnino fideiussoris, potius pecuniam retinere, quam eam solutam a debitore repetere. STRYCK l. c. verb. *invito debitore.* Auch die Creditores des Haupt-Schuldners können solche Exceptiones bey Concurs-Processen opponiren. Denn wenn in dem Concurse Mevius aus einer Obligation klaget und liquidiret, der Debitor communis recognosciret die Obligation, setzet derselben aber nicht die exceptionem non numeratæ pecuniæ entgegen, so können die andern Creditores solche Exception dem klagenden Mevio opponiren, aus Ursachen, weil denenselben der Schuldner mit seinem falschen Zugeständniß nicht præindiciren können, auch denen andern sämtlichen Creditoribus daran gelegen, ne bona debitoris sine causa deminuantur, dum tanto minus fit non solvendo. l. pen. C. de non numerat. pecun. ibique BRUNNEM. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. Lib. 12. Tit. 1. §. 61.

Angestellet und opponiret kan werden sothane querela non numeratæ pecuniæ wider alle diejenigen, quibus spe futuræ numerationis talis scriptura tradita est. Nicht minder findet sie auch statt wider derselben Erben, und andere derselben successores, sie seyn universales oder singulares. l. 8. C. de non numerat. pecun. Ja auch wider die Kauf-Leute mag solche Exceptio oder querela non numeratæ pecuniæ moviret werden, aus Ursachen, quia horum

rum regulariter idem jus est, quamdiu aliud privilegium produci non potest. Die Kauf-Leute aber nirgends davon ausgenommen, noch daß wider selbige die querela non numeratæ pecuniæ nicht statt finden solte, disponiret. Ja, LAUTERB. Coll. Theor. Pract. Lib. 12. Tit. 1. §. 62. führet noch folgende Ursache an, weßwegen solche Querela non numeratæ pecuniæ auch wider die Kauf-Leute und unter Kauf-Leuten statt finden müsse. Imo magis, schreibet er, in angezogenen §. inter mercatores concedenda, utpote qui in emittendis chirographis faciliores sunt, quam alii, cum ipsorum maxime intersit, pecuniam paratam habere. Und diesem pflichten auch bey STRACHA de Mercat. tit. quomod. inter caus. mercat. proced. § de Exceptionibus. n. 9. ZANGER. de Except. l. 3. c. 14. n. 54. BRUNNEM. ad l. 5. C. de non numer. pecun. BERGER. Oecon. Jur. lib. 3. Tit. 4. th. 4. RICHTER. Decis. 21. n. 24. STRUV. Decis sabbath. n. 30. & 31. obschon BERLICH. p. 2. Decis. 204. und CARPZ. p. 1. C. 32. Def. 69. & 70. dieses negiren, und daß zwischen Kauf-Leuten, und wider Kauf-Leute diese exceptio oder querela nicht moviret werden könne, statuiren.

Es fragt sich auch, in welchen Fällen diese querela statt finde? Und da ist zu sagen, daß selbige iederzeit statt finde, so offt nehmlich ich spe futuræ numerationis eine Obligation ausgestellet habe, ich habe aber das Geld nicht

erhal-

erhalten. Sie findet auch statt, wenn der Mann über den Empfang des dotis, oder seiner Ehefrauen versprochenen Mitgift und Ehe-Gelde eine Bekäntniß oder Quittung ausgestellet hat, er hat aber den dotem nicht bekommen. l. 15. C. de non numer. pecun. l. 3. & sq. AUTHENT. *Quod locum* C. de dot. caut. non numer. Eben also, wenn ich aus Hoffnung, es werde mir der Creditor das gebetene Darlehn auszahlen, ihm vor dem Empfang des Darlehns oder Geldes ein Pfand gegeben, oder eine Hypothec constituiren lassen, kan derselbe, wenn nachgehends die Zahlung nicht erfolget, die querelam non numeratæ pecuniæ gültiger Weise moviren, l. 1. C. de non numer pec. l. 1. & 2. C. si pign. convent. num. pec. sec. non fuerit. Daher denn überhaupt diese Regel zum Grunde zu setzen. Querela non numeratæ pecuniæ regulariter locum habet contra omnes confessiones, scilicet in omnibus negotiis, in quibus quis spe futuræ numerationis sive solutionis aliquid accepisse confessus est, propterea que aliquid dedit vel promisit. Hingegen findet sie nicht statt contra cambium oder in Wechsel-Sachen, daferne nehmlich dieselbe Exception nicht sogleich in continenti liquid ist. Ist sie aber in continenti liquid, z. E. es kan Beklagter durch Klägers eigene Brieffe beweisen, daß er das Geld nicht ausgezahlet bekommen hätte, so ist alsdenn auch zu sagen, daß sothane exception auch contra cambium statt finde, und opponi-

ret werden möge. BERGER. Disp de exceptione non numeratæ pecuniæ adversus cambium. Sonst findet die querela non numeratæ pecuniæ statt, wenn auch gleich derjenige, der solche Obligation ausgestellet hat, einen Theil desselben bekommen, den andern Theil aber nicht, seu contra partem cautionis tantum, z. E. wenn ich mich verschrieben habe, ich hätte von Mevio 1000. Thaler bekommen, er hat mir aber nur 600. Thaler ausgezahlet, so kan ich auch in Ansehung derer ermangelnden, und mir nicht ausgezahlten 400. Thaler gültiger Weise die exceptionem oder querelam non numeratæ pecuniæ opponiren. l. 2. C. de non numer. pecun. LAUTERB Comp. Jur. Tit. de Reb. Cred. Lit. O. ibique STRYCK. in Not. verb. *Tantum.* SICHARD ad l. 2. C. de non numer. pecun.

Es findet auch diese exceptio contra instrumenta publica & guarentigiata, mithin nicht allein contra instrumenta privata statt, sondern auch wieder solche Documenta, welche paratam executionem haben. l. 3. C. de non numer. pec. ibique BRUNNEMANN. STRUV. S. I. C. Ex. 16. th. 52. ibique MULLER. nisi in instrumento publico notarius scripserit, debitorem in sua & testium præsentia pecuniam a creditore accepisse. Denn wenn dieses geschehen, so kan auch die exceptio non numeratæ pecuniæ wider dergleichen Document nicht opponiret werden, aus Ursachen, quia in hoc instrumento continetur non tantum confessio & promissio debi-

bito-

toris, sed & attestatio numerationis a notario & testibus facta. Ist aber dieses nicht geschehen, so bleibt es auch nothwendig bey der Regul, quod etiam contra instrumenta publica locum habeat hæc exceptio. Nicht minder kan ich auch solche querelam und exceptionem non numeratæ pecuniæ opponiren wider die instrumenta jurata, oder wider die Documenta, quæ juramenti mentionem habent, oder wider solche Documenta, welche sind von dem Aussteller dererselben beschworen worden. Jedoch verstehet sich dieses nur von dem Falle, ubi juramentum præstitum est de restituenda pecunia, d. i. wenn nehmlich ich geschworen habe, ich wolte das in der Obligation bekandte Geld wieder bezahlen, z. E. also: **Ich will Cajo die geliehene 1000. Thaler wieder geben, so wahr mir GOtt helffe.** Denn in diesem Falle muß er des geleisteten Eydes ungeachtet mit der Exceptione non numeratæ pecuniæ zugelassen werden, aus Ursachen, quia tacite subest conditio, si 1000. accepero. *l. fin. C. de non numer. pecun.* ibique BRUNNEMANN, seu supponit conditionem, *modo pecunia numeretur*, quod, utrum factum fuerit, aliunde prius probari debet. *l. 16. C. de non numer. pec.* Hingegen wenn das Jurament oder Eyd darüber ist geleistet worden, re vera scilicet numeratam esse pecuniam, oder daß er das Geld wahrhaftig in Empfang genommen, z. E. also: **Cajus hat mir 1000. Thaler geliehen, so wahr mir**

GOtt helffe, so mag er alsdenn mit der exceptione non numeratæ pecuniæ nicht mehr gehöret werden. Sic enim, si contra proprium juramentum venire vellet, ipse se perjurum facit, & nemo sub nuda spe fallaci jurasse præsumitur, BRUNNEM. ad l. 16. C. de non numer. pecun. CARPZ. p. 2. C. 32. Def. 65. STRYCK. Cautel. Contract. Sect. 2. c. 7. §. 11.

Hingegen findet die querela non numeratæ pecuniæ in folgenden Fällen nicht statt, 1) contra instrumenta depositi, wenn nehmlich derjenige, welcher die exceptionem non numeratæ pecuniæ opponiren will, eine Bekantniß ausgestellet hat, es wäre ihm diese Sache von Cajo als ein Depositum aufzuheben und zu verwahren gegeben worden, quia in contractu depositi non solemus mittere confessionem de eo accepto ante traditionem, sed in mutuo, ubi pecunia indigemus, faciles sumus in obtrudenda creditori obligatione *l. 14. §. 1. C. de non numer. pecun.* ibique BRUNNEM. CARPZ. l. 2. Resp. 90. n. 2. STRUV. S. I. C. Ex. 16. th. 52. ibique MULLER. MEVIUS p. 2. Decis. 37. & p. 1 Dec. 100. BERGER. Oecon. Jur. lib. 3. Tit. 4. th. 4. not. 5. p. 631. Ferner 2) findet die querela non numeratæ pecuniæ auch nicht statt, contra securitates functionum publicarum, z. E. es hat der Administrator Fisci oder andere Einnehmer derer Steuern eine Quittung ausgestellet, und in derselbigen bekandt, daß Cajus die Steuer abgeführet hätte: In demselben Falle kan der

Ein-

Einnehmer wider solche ausgestellte Quittung keinesweges die exceptionem non numeratæ pecuniæ opponiren l. 14. §. 1. C. de numer. pecun. vielmehr muß in demselben Falle der quittirende Einnehmer dieses aus seinem eigenen Beutel geben. Ist hingegen der Einnehmer nicht im Stande zu bezahlen, conveniri queunt debitores fisci, cum confessio exactoris fisco non præjudicet, CARPZ. l. 2. Resp. 90. n. 2. LAUTERB. Coll. Theor. Pract. l. c. §. 71. BERGER. l. c. not. 5. p. 631. FROMMANN. Disp. de Apocha th. 41. & 42.

Zum 3) findet auch die exceptio non numeratæ pecuniæ nicht statt, wenn einer nach bereits ausgestellter Obligation von neuen bekennet, er habe das Geld erhalten. Ich sage von neuen, und in einer besonderen Schrift, ausser der ersten Obligation. Denn in solchem Falle kan sich der Schuldner keinesweges mit der exceptione non numeratæ pecuniæ behelffen. Separatam enim schedulam spe futuræ numerationis nemo dedisse censetur & nemo iterato præsumitur confiteri, quod non accepit. CARPZ. p. 1. C. 32. Def. 65. LUDOVICI Us. Pract. Distinct. Jurid. Lib. 12. Tit. 1. dist. 5. Jedoch muß solche iterata confessio in separata schedula seyn, mithin ist es nicht genug, daß derjenige, welcher das Geld empfangen sollen, in der Obligation zu zweyen mahlen bekennet habe, es wäre ihm das Geld ausgezahlet wor-

den, aus Ursachen, weil hier die Ursache, weßwegen bey der reiteratione confessionis die exceptio non numeratæ pecuniæ wegfällt, cessiret, aus welchen von sich selbsten folget, daß auch nicht einmahl die renunciatio dieser Exceptionis, wenn sie in der Schuld-Verschreibung geschiehet, etwas effectuire, vielmehr wenn gleich der Aussteller derselben der exceptionis non numeratæ pecuniæ in der Schuld-Verschreibung renunciret hat, kan er sich derselben dennoch gültiger Weise gebrauchen, aus Ursachen, quia hæc renunciatio pariter fit spe numerationis, & eadem facilitate, qua propter inopiam dat cautionem, etiam renunciat. arg. l. 4. C. de non num. pecun. STRUV. S. I. C. Ex. 16. th. 53. STRYCK. Cautelis Contract. Sect. 2. cap. 7. §. 11. daferne nicht die renunciatio, nicht etwan in der Schuld-Verschreibung, sondern einige Tage darauf, und in einer besonderen aparten Schedula geschehen, als in welchem Falle auch gar wohl solche renunciatio exceptionis post cautionem ex intervallo facta zuläßig ist, und so viel würcket, daß der Aussteller derselben und der Obligarion sich der exceptionis non numeratæ pecuniæ nicht bedienen könne. Ist aber die iterata confessio in separata schedula geschehen, so folget von sich selbsten, daß auch nothwendiger Weise nunmehro die exceptio non numeratæ pecuniæ nicht opponiret werden könne.

Aus diesem Grunde folget vors 4) daß die

die querela non numeratæ pecuniæ von dem Schwieger-Sohne dem Schwieger-Vater, oder wohl gar in gewissen Fällen seiner Ehe-Frauen selber nicht möge opponiret werden, wenn er nehmlich post instrumentum dotale bekandt und zugestanden, er hätte die ihm versprochene Mitgift empfangen. Denn es ist sonst bekandt, auch bereits von mir in gegenwärtigen Titul angeführet worden, daß wenn gleich der Eydam in dem instrumento dotali bekandt hat, es sey ihm die Mitgift oder Dos seiner Frauen mitgegeben und ausgezahlet worden, solches dennoch die exceptionem non numeratæ pecuniæ oder dotis zu opponiren nicht hindern möge. l. 15. C. de non numer. pec. l. 3. C. dot. caut. non num. Hingegen, wenn derselbe nach bereits verfertigten Instrumento dotali, und nicht an demselben Tage selbst ein besonderes Bekäntniß in separata schedula auffsetzet, und darinnen bekennet, se dotem in dotalibus instrumentis promissam accepisse, so kan er alsdenn sich dieser exceptionis weiter nicht mehr bedienen. l. 14. §. 1. C. de non numerat. pec. l. 15. C. eod. HARPRECHT Cons. 60. n. 171. & 183. BERGER. l. c. not. 5. p. 631. TITII J. Priv. Lib. 2. cap. 12. §. 21. STRYCK ad LAUTERB. l. c. verb. *post instrumentum*, woselbst er aber doch noch diese Limitation beygefüget. Procedit tamen tantum quoad ipsum maritum, non vero quoad creditores

alios, cum his confessio mariti præjudicare nequeat. Hinc plerumque uxor in concursu creditorum in supplementum jurare debet. Gleichergestalt und vors 5) kan ich mich der exceptionis non numeratæ pecuniæ nicht bedienen, si ex causa transactionis quis confessus sit, se pecuniam accepisse, aus Ursachen, quia in transactione fit confessio debiti antea constituti. l. 5 l. 11. l. 13. C. de non numer. pecun. Struv. S. J. C. Ex. 16. th. 52. Mevius p. 4. Decis. 118. & 180. So ist auch 6) diese exceptio nicht zuläßig, quando confessio præcedentem & anteriorem continet causam debendi, quæ scilicet non incidit in tempus confessionis, sed ex intervallo tantum in scripturam est redacta. Daher wenn ich in der Obligation gesetzet habe, ich hätte vor einem Jahre von ihm 100. Thaler als ein Darlehn empfangen, item ich wäre ihm aus dem geschlossenen Kauf-Contracte noch 200. Thaler schuldig, so kan ich mich hierbey der exceptionis non numeratæ pecuniæ nicht bedienen, aus Ursachen, quia cessat fundamentum hujus exceptionis, subscriptionem scilicet & confessionem spe futuræ numerationis factam esse l. 5. l. 13. C. de non numer. pecun. l. 25. in fin. ff. de probat. Stryck. Caut. Contract. Sect. 2. cap. 7. §. 10. Lauterb. C. J. Tit. de Reb. Cred. Lit. O. Weiter und vors 7) in allen denenjenigen negotiis, in quibus aliquis ex alia quam numerationis causa se pecuniam accepisse confessus est,

etiamsi

etiamsi causa debendi in tempus confessionis incidat, z. E. ex donatione, emptione, locatione, mandato, fideiussione, constituto ex promissione u. d. g. kan ich mich auch nicht der exceptionis non numeratæ pecuniæ bedienen. l. 5. l. 6. C. de non numer. pec LAUTERB. Coll. Jur. Lib. 12. Tit. 1. §. 76. CARPZ. p. 2. C. 32. Def. 68. RICHTER. p. 2. Dec. 21. n. 10. HOPP. ad Tit. J. de liter. obligation. pag. 710.

Wie ich nun die Fälle, woselbst nehmlich die exceptio non numeratæ pecuniæ statt finde, und wo sie nicht statt finde, durchgegangen habe; also will ich hier mit wenigen noch von der Zeit, binnen welcher dieselbige opponiret werden müsse, handeln. Und da ist denn zu gedencken, daß wider eine Obligation binnen 2. Jahren, und wieder eine Quittung binnen 30. Tagen die querela non numeratæ pecuniæ moviret werden müsse. §. un. J. de Literarum obligationibus. l. 14. in fin. princip. & §. 2. C. de non numerat. pecun. Jedoch ist dieses nicht so crasse zu verstehen, als ob nehmlich, wenn der Aussteller solcher Obligation nicht binnen 2. Jahren, oder der Aussteller der Quittung nicht binnen 30. Tagen, die querelam non numeratæ pecuniæ nicht movirt, er sodenn derselben gäntzlich verlustig sey. Denn dieses verstehet sich nur von der exceptione privilegiata. Diese exceptio non numeratæ pecuniæ privilegiata muß binnen 2. Jahren bey einer ausgestellten obligation oder binnen 30. Tagen bey einer aus-

 gestell-

gestellten Quittung opponiret, oder doch die querela non numeratæ pecuniæ per modum actionis und Klags-Weise moviret werden, wiedrigenfalles kan sich derjenige, welcher nach Verlauff dieser Zeit sich damit schützet, er hätte das Geld nicht empfangen, des privilegii, welches er sonst in Ansehung des Beweises geniesset, wenn er diese querelam non numeratæ pecuniæ in dem Falle, da er verklaget worden, mittelst der exceptionis non numeratæ pecuniæ, oder daferne derjenige, welcher solche Obligation in Händen hat, binnen diesen 2. Jahren nicht geklaget, mithin der Gegentheil also die exceptionem non numeratæ pecuniæ nicht opponiren können, solche querelam per modum actionis binnen 2. Jahren angestellet hätte, nicht geniessen. Denn darinnen bestehet das Haupt-Wesen und Vortheil der exceptionis privilegiatæ, daß nehmlich, wenn der Aussteller solcher Obligation binnen 2. Jahren, oder der Aussteller einer Quittung binnen 30. Tagen die querelam non numeratæ pecuniæ per modum actionis Klags-Weise anstellet, oder wenn er beklagt wird, solche exceptions-Weise opponiret, er nicht schuldig sey zu beweisen, daß ihm das Geld nicht würcklich sey gezahlet worden, sondern es muß vielmehr der Gegentheil und Kläger beweisen, daß dasselbe Geld würcklich gezahlet worden. l. 3. C. de non numer. pecun. Und dieses ist was

gantz

gantz besonders bey dieser Exception, aus Ursachen, weil sonst bekandt, daß derjenige, welcher eine Exception anführet und opponiret, selbige beweisen müsse, quia excipiendo fit actor. Die ratio hujus singularitatis, daß nehmlich in diesem Falle, derjenige, welcher binnen 2. Jahren (in dem Falle, wenn nehmlich eine Obligation, oder binnen 30. Tagen, wenn eine Quittung ausgestellet) diese exception opponiret, oder per modum actionis solche querelam non numeratæ pecuniæ Klagweise anstellet, der Gegentheil beweisen müsse, es sey das Geld würcklich bezahlet worden, bestehet darinnen, quia excipiens hic habet præsumptionem pro se, quæ in eo consistit, quod debitor pecunia indigens videatur chirographum scripsisse ante acceptam pecuniam, quo nimirum eo facilius alliciat creditorem ad mutuum sibi dandum, ZOESIUS ad ff. Tit. de O. & A. n. 29. HOPP. ad Tit. J. de Literar. Oblig. p. 707. Mithin bestehet der Effectus der exceptionis non numeratæ pecuniæ privilegiatæ darinnen, daß das Gegentheil die würckliche Zahlung beweisen müsse.

Um aber auf den effect der exceptionis non numeratæ pecuniæ non privilegiatæ zu kommen, so ist zu gedencken, und zuvor erinnert worden, daß zwar, wenn nicht binnen 2. Jahren (oder bey ausgestellten Quittungen nicht binnen 30. Tagen) solche querela non numeratæ

pecu-

pecuniæ nicht per modum actionis angestellet, oder exceptions-Weise opponiret worden, derjenige, welcher das Geld nicht erhalten hat, dadurch nicht gäntzlich abgehalten werde solche exception zu opponiren, noch er derselbigen verlustig sey, wie dieses HOPPIUS l. c. p. 708. folgendergestalt anführet. Id quod tamen eatenus intelligendum, quatenus hæc exceptio est *privilegiata*, seu quatenus onus probandi transfert in creditorem: Nam quatenus ut *communis seu vulgaris* consideratur, vel quatenus eam debitor, ut quilibet alius excipiens, vult probare, & liquido ostendere, pecuniam sibi non esse numeratam, eatenus etiam post biennium opponi potest. Resp. quia sic induit naturam aliarum exceptionum, adeoque pariter perpetua est, juxta *l. 5. in fin. ff. de dol. mal. except.* Imo concurrit etiam cum hac exceptione generalis exceptio doli *l. 3. C. de non numer. pecun.* quæ procul dubio perpetuo datur. *d. l. 5. §. fin. ff. de dol. mal. except.* Accedit, quod iniquum utique videatur, damnare eum ad solutionem, qui vult probare, se nihil accepisse. Unterdessen würcket doch dieses soviel, daß nehmlich nunmehro der Aussteller einer solchen Obligation oder Quittung beweisen müsse, er hätte das Geld nicht bekommen. Und hierinnen ist der Unterschied zwischen der exceptione non numeratæ pecuniæ privilegiata, und der exceptione non numeratæ pecuniæ non privilegiata.

Er-

Erstere hat diesen Vortheil, daß wenn sie intra biennium, oder bey der ausgestellten Quittung intra trigesimum moviret wird, nicht der Aussteller solcher Obligation oder Quittung, sondern vielmehr der Gegentheil beweisen müsse, es habe der andere das Geld würcklich erhalten. Hingegen diese geniesset nicht solches privilegii, sondern da muß derjenige, welcher vorschützet, es sey das Geld nicht ausgezahlet worden, nothwendig den Beweiß führen, und über sich nehmen, daher sie auch zum Unterschiede der ersten Art exceptio non privilegiata heisset. CARPZOV. P. 1. C. 32. Def. 66. & L. 2. Resp. 91. SCHILTER. Ex. ad ff. 22. §. 1. MEVIUS Part. 2. Dec. 22. RICHTER. p. 1. Dec. 21. n. 10. seqq. Wenn nun aber die exceptio non numeratæ pecuniæ non privilegiata erwiesen werden soll, so muß sie allein durch Zeugen oder Documenta erwiesen werden, keinesweges aber ist die dritte Art des Beweises, nehmlich die Eydes-Delation zuläßig. Ich kan nicht dem Gegentheil den Eyd über der exceptione non numeratæ pecuniæ opponiren, aus Ursachen, quia post lapsum biennii actor ex literis pro se habet fundatam actionem, hinc jurare non tenetur. Denn wer sein Gewissen mit Beweiß vertreten kan, der bedarff nicht erst zu schwören, hanc vero probationem expedit per chirographum ante biennium conscriptum. MEVIUS P. 9. Dec. 73. Zœs. ad ff. de O. & A. n. 34. STRYCK ad LAUTERB.

TERB. Comp. Jur. Tit. de reb. cred. verb. *juramentum deferre*. HOPP. ad §. 1. J. h. t. p. 709.

TIT. XXIII.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Hier fänget nun der Imperator, nachdem er die Contractus reales durchgegangen hat, auch auf die Contractus Consensuales zu kommen. Bey der Frage nun, was Contractus consensuales heissen, setzet man diese Regul zum Grunde: Quicunque contractus solum consensum requirunt ad sui perfectionem, illi dicuntur contractus consensuales. D. i. welche Contracte zu ihrer Vollkommenheit und perfection die Einwilligung beyder Contrahenten erfordern, dasselbe seyn Contractus consensuales. §. un. J. h. t. Und hindert nichts, wenn gleich zu allen und ieden Contractibus und pactis, sie mögen Nahmen haben wie sie wollen, unumgänglich nothwendig erfodert wird, daß beyde Contrahenten darein einwilligen, weil niemand wider seinen Willen gezwungen werden mag mit einem andern einen Contract einzugehen, mithin auch zu allen und ieden Arten derer Contra-

cte consensus erfordert wird, mithin möchte es scheinen, daß alle und iede Contractus müsten Contractus consensuales seyn. Jedoch dieser Satz ist falsch, und wenn gleich bey allen und ieden Contracten nothwendig ist, daß beyde Partheyen mit einander einwilligen, so seyn sie doch nicht deßwegen nothwendig Contractus consensuales. Es exprimiret dieses gar schön Hoppius ad Tit. J. de obligationibus ex consensu p. 711. wenn er den Unterscheid folgendermassen zeiget. Nam non *absolute seu specifice* in cæteris obligationibus requiritur consensus, sed *respective seu in genere*: Præter consensum enim opus est, ut ad illas vel rei traditio accedat, vel verba vel literæ, alioquin ex illis non nascitur actio; ast in obligationibus, quæ ex consensu fiunt, consensus requiritur *absolute seu specifice*, i. e. solo consensu perficiuntur istæ obligationes, adeo, ut statim ex iis post conventionem seu consensum, utrinque interpositum, actio detur, licet res non intervenerit. Rei enim, pretii &c. interventus non ad *perfectionem*, sed saltem ad *consummationem* seu implementum requiritur contractuum consensualium.

Und dergleichen Art von denen Contractibus consensualibus seyn nun folgende Contracte, nehmlich der Contractus empti venditi, locati conducti, societas und mandatum *§. un. J. de obligat ex consensu.* Berger. Oecon. Jur. Lib 3. Tit. 5. th. 1. p. 636.

TIT. XXIV.
DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Weil nun in diesen und folgenden 3. Tituln von diesen ietzt angeführten Arten derer Contractuum consensualium zu handeln seyn wird, so wollen wir nach Anleitung des Textes unserer Institutionum von dem Kauff-Contract zu handeln anfangen. Es ist aber die Emtio & Venditio oder der Kauff- und Verkauffs-Contract nichts anders, als ein Contractus consensualis de re pro certo pretio alteri tradenda, d. i. es ist ein zwischen zweyen freywillig abgeredeter und geschlossener Contract, mittelst dessen sich der eine dem andern verbündlich macht, die genennte Sache um diesen Werth zu überlassen und zu geben.

Es wird aber dieser Kauff-Contract entweder schrifftlich, oder aber mündlich vollzogen. Daher man denselben Kauff-Contract eintheilet, in emptionem & venditionem, quæ scriptis fit, & quæ fit sine scriptis. Erstere ist, wenn die Partheyen solchen Kauff-Contract zu Papier bringen, und auffsetzen oder aufschreiben lassen. Letztere ist, wenn der Kauff-Con-

Contract nicht zu Papier gebracht, und nicht aufgeschrieben worden.

Von der emtione venditione, quæ in scriptis fit, zu gedencken, so ist dieses kein essentiell und wesentliches Stücke des Kauff-Contractes, daß selbiger müsse in Schrifften abgefasset werden, sondern wenn er auch gleich nicht zu Papier gebracht worden, ist derselbe doch zu Recht beständig und gültig, und kan sich kein Theil der Vollziehung sothanes Kauff-Contracts deßwegen entziehen, weil nehmlich der Kauff-Contract nicht zu Papier gebracht worden. Es wäre denn ausdrücklich bedungen worden, daß dieser Kauff zu Papier gebracht werden solte. Denn in solchem Falle ist der Kauff-Contract nicht eher vor vollkommen geschlossen zu achten, als bis nehmlich derselbe zu Papier ist gebracht und von denen Partheyen unterschrieben worden. Mithin, ehe noch dieses erfolget, können also beyde Contrahenten, ob sie schon sonst in allen und ieden Puncten mit einander einig sind, und sich darüber mit einander verstanden und verglichen haben, von solchem wieder abgehen. Aus diesen Ursachen, weil in diesem Falle der Kauff-Contract noch nicht völlig geschlossen, sondern die Sache noch bey blossen Tractaten geblieben. Quoties autem res in terminis tractatuum adhuc subsistit, toties semper pœnitentiæ locus est. Meines Behalts hat dieses alles gar artig und nett ausgeführet Hoppius ad pr. J.

h. t. ad Verb. *quæ scriptura conficiuntur*, mit folgenden Worten: Scriptura quidem per se ad venditionem non est necessaria: Unde in dubio, si placuerit, ut scriptura desuper conficiatur, daß ein Kauff-Brieff, Kauff-Recess darüber aufgerichtet werde, melioris tantum probationis causa id factum videtur per l. 4. ff. de fide instrum. Quodsi tamen expresse id ab initio egerint contrahentes, ne prius valeat contractus, quam scriptura seu instrumentum desuper confectum, vel si diserte contestati fuerint, se non aliter quam in scriptis contrahere velle, jam demum ad venditionem necessaria est scriptura, adeoque, antequam confecta, impune pœnitere & a contractu recedere licet *l. 17. C. de fid. instrum. ibique* BRUNNEMANN n. 3. & 4. STRYCK. *Cautel. Contract. Sect. 2. cap. 8. §. 2. & 3.* CARPZ. *P. 2. C. 33. Def. 12. & 13.*

Jedoch obschon in solchem Falle es unverwehret ist, wenn die emptio venditio in scriptis geschehen sollen, ehe noch dasselbe geschiehet von dem Contracte wieder abzugehen: so verliehret doch derjenige, welcher also von dem Contracte abgehet, daferne eine arrha ist gegeben worden, dieselbe arrham und wenn der Verkäuffer den Contract nicht halten will, so muß er das Duplum restituiren pr. J. h. t. l. 17. C. de fide instrum. BERGER. Oecon. Jur Lib. 3. Tit. 5. th. 1. not. 2. Ein anders wäre es, wenn der Contractus emptionis venditionis

schon

schon perfectus wäre, und bloß in ejus confirmationem arrhæ gegeben worden, d. i. wenn zu mehrer Versicherung beyderseits Contrahenten etwas auf die Hände gegeben haben. Denn in solchem Falle mag auch kein Theil von dem einmahl vollkommen geschlossenen Kauff-Contracte abgehen, ob auch gleich der Käuffer das Angeld oder die arrham gerne im Stiche lassen und verliehren wolte, oder etiamsi duplicatum pretium dare vellet. Denn daß ich bey dem contractu nondum perfecto pœnitiren und abgehen könne, wenn ich die arrhas einbüssen will, kommt daher, weil in diesem Falle der Contract noch nicht völlig richtig, sondern nur ein blosses pactum de emendo vorhanden gewesen, welches pactum de emendo aber mit Verlust der arrhæ gebrochen werden kan. Hingegen wenn der Contract völlig und geschlossen, und nichts daran mehr ermangelt, so kan kein Theil wider Willen des andern von dem Kauff-Contract abgehen, aus Ursachen, weil der Gegentheil post emptionem & venditionem perfectam ein jus quæsitum hat, so ihm der Gegentheil nicht nehmen kan, etiamsi arrhas amittere sit paratus, aut duplicatum pretium dare vellet. *l. 5. C. de O. & A. l. 3. & 6. C. de Rescind. Vendit.* HAHN. ad WESENB. *Tit. de contrah. empt. n. 9.* STRYCK. ad LAUTERB. C. J. Tit. de contrah. empt. verb. Si *quæ datæ* Zoes. ad ff. hoc Tit. n. 27. Titius Observ. LAU-

TERB. 498. welcher diesen Satz in angeführten Orte folgendergestalt behauptet. Merito hoc ad casum emptionis venditionis imperfectæ refertur, quod inprimis ex *d. l. 17. C. de fid. instrum.* patet, nam si emtio perfecta sit, tum cum dispendio arrhæ recedere non licet, sed alter si velit ad contractum adimplendum, adigere perfidum potest, quamvis sæpe in perfidiæ futuræ remedium arrha & exigatur, & evitandis litis molestiis retineatur. Ratio autem quare ab imperfecta etiam venditione recedens arrharum dispendium subire debeat, est, quod pactum de emendo subfuerit, cuius adeo violatio hoc modo coërcetur.

Von der Regul aber, daß nehmlich in demselben Falle, wenn der contractus emtionis venditionis perfectus ist, kein Theil wider Willen des andern Contrahirenden von dem vollkommen fertig geschlossenen Contracte abgehen könne, und zwar ne quidem cum amissione arrharum, muß man billig den Fall ausnehmen, wenn nehmlich die arrhæ zum Reukauff und mit der Bedingung sind gegeben worden, daß derjenige, welcher von dem Contract abgehen, und denselben nicht halten wolte, solte diese arrhas verlustig seyn, oder aber die in dem Kauffe bestimmte Straffe des Reukauffes geben. Denn in solchem Falle, wenn der pœnitirende Theil die bereits zum Reukauff gegebene arrham fahren und im Sti-

che

che lassen oder den in dem Kauf-Contract ausgemachten und noch nicht gezahlten Reukauff erlegen will, so ist er dadurch von dem getroffenen Kauffe befreyet, dergestalt, daß ihn der andere zu Festhaltung des Kauffes weder anhalten, noch ad implemeutum contractus klagen kan. BRUNNEM. ad l. 17. C. de fide instrumentorum. MEVIUS ad Jus Lubecense l. 3. Tit. 6. art. 18. n. fin. HOPPIUS pr. J. h. t. p. 715. STRYCK. ad LAUTERB. C. J. h. t. verb. *si quæ datæ.*

Sothaner Contractus emtionis und venditionis wird nun geschlossen und vollzogen consensu vero, puro & mutuo, de re pro certo pretio habenda. Das ist, es müssen beyde Partheyen wahrhafftig, freywillig, ungezwungen darein willigen, daß der Verkäuffer dem Käuffer diese Sache um diesen Werth verkauffen und übergeben, der Käuffer aber ihm dem Verkäuffer vor solche Sache soviel geben, und dieselbe davor von dem Verkäuffer annehmen will.

Aus diesem folget nun von sich selbst, daß beyde Theile hierinnen müssen mit einander einig und gleichstimmig seyn, folglich ist es nicht genug, wenn nehmlich der eine zwar willens ist, der andere aber hat darein noch nicht gewilliget, mithin ist auch in solchem Fall der Contract noch nicht geschlossen, sondern weil noch nicht beyde einig und gleichstimmig seyn, so muß auch nothwendig daraus folgen, daß

noch kein Contract vorhanden, sondern allein blosse Tractaten. Jedoch ist es nicht nöthig, daß beyde Contrahenten zu einer gleichen Minute, Viertel-Stunde oder Tag hierinnen einig werden, seu ut consensus sit simultaneus, sondern es ist schon genug, wenn nur sie diversis diebus und an verschiedenen Tagen auch Orten sich vereiniget und eingewilliget haben, wie solches STRYCK. ad LAUTERB. C. J. l. c. verb. *Simultaneus* folgendergestalt bestärcket. Hoc ita quidem verum est, ut obligatio emti non sit perfecta nisi postquam uterque consenserit; id tamen necessum non est, ut uno tempore uterque consensum exprimat, sed sufficit, modo post aliquot dies ante revocationem emtoris venditor consensum exprimat; id enim quod uterque eodem tempore interrogare & respondere teneatur, ad solennia stipulationis tantum pertinet. Aus diesen fliesset nun wieder von sich selbst, daß auch zwischen abwesenden Personen, die nehmlich an entlegenen und von einander abgesonderten, z. E. in Leipzig und Franckfurth am Mayn wohnen, gültiger Weise ein Kauff-Contract geschlossen werden könne, ob dieselben gleich nicht an einem Orte beysammen wohnen, oder doch zusammen gekommen sind, sondern es gehet gar wohl durch Brieffe an: da nehmlich Titius zu Leipzig nach Franckfurth am Mayn an Mevium schreibet: er wolle ihm seine Buch-Handlung vor 10000. Thaler abkauffen, und den Brieff am 1. April

expe-

expediret, Mevius antwortet ihm von Franckfurth aus am 20. Mäy, er wolle ihm seine Buchhandlung davor lassen, und solte er dieselbe in Empfang zu nehmen Ordre geben. Denn in solchem Falle ist der Kauff-Contract auch richtig und zu Recht beständig, wenn gleich der Consensus nicht simultaneus gewesen. Nur ist dieses hierbey zu gedencken, daß wenn der Consensus nicht simultaneus gewesen, alsdenn auch währender Zeit ehe der andere auch seine Einwilligung von sich giebt, die obligatio emti noch nicht perfecta, mithin ist auch Titius von Leipzig vor den Tag, da Mevius zu Franckfurth es acceptiret, und seinen Consens darein gegeben hat, nicht verbunden und obligiret, sondern er kan vor solcher Zeit, ohne allen Schaden pœnitiren, und wenn nach solcher pœnitentia der andere Theil gleich seinen Consens giebt, kan er doch den andern, der vor seiner Einwilligung pœnitiret hat, nicht zwingen, den Contract zu adimpliren und zu halten, quia hoc casu obligatio emti non perfecta, nisi postquam uterque consenserit.

Es fliesset daraus weiter dieses, daß weil consensus verus vorhanden seyn muß, nothwendiger Weise auch derjenige, welcher einen Kauff schliessen will, seine Einwilligung darein ungezwungen thun müsse. Sit enim liber coactione injusta, mithin, wenn mich einer zwingen will, einen Kauff-Contract zu schliessen, und ich aus Zwang und Furcht, schliesse

mit ihm denselben Kauff-Contract, so ist der getroffene Kauff-Contract null und nichtig, weil es nicht consensus liber, er nicht mit freyen Willen, sondern gezwungen, eine Sache gekauffet hat.

Es fragt sich aber hiebey nicht unbillig, ob nemlich denn niemahl es geschehen könne, daß einer auch wider seinen Willen, sein Eigenthum um den rechten Werth verkauffen müsse, und darzu gezwungen werden könne? Und darauf antworte ich nun billig, wie nemlich auch gewisse Fälle zu finden, wo einer wider seinen Willen sein Eigenthum zu verkauffen könne angehalten werden. Hauptsächlich geschiehet dieses auf zweyerley Wege, entweder propter dispositionem testatoris, wenn nehmlich der Testator ausdrücklich befohlen hat, der eingesetzte Erbe solle diese Sache verkauffen, oder aber propter dispositionem legis, in casu utilitatis vel necessitatis publicæ. Oder wenn die Wohlfarth der Republic zu derselben Nutzen, oder aber im Nothfalle dasselbe verlanget. Also kan der Landes-Herr in dem Falle, wenn der Fluß die Land-Strasse gantz verderbet und unter Wasser gesetzet, oder sie so zugerichtet, daß man darauf nicht mehr fahren kan, den an der Strasse nächst gelegenen Nachtbar zwingen, daß er ein Stücke von seinem Acker, soviel hierzu vonnöthen, um den rechten und wahren Werth der Republic verkauffe und

abtre-

abtrete. Gleicherweise, wenn an einem Orte eine Kirche, Festung oder Königliches Schloß aufgebauet werden soll, kan einer gezwungen werden, um den rechten wahren Werth sein Guth zu verkauffen, damit darauf die Kirche, Festung oder Palais erbauet werde. Und was mehrere dergleichen Fälle seyn. l. 1. §. 11. ff. de offic. præfect. urb. l. 14. §. 1. ff. quemadm. servit. amitt. l. 12. ff. de religiosis §. 2. J. de his qui sui vel alien. jur. LAUTERB. C. J. h. t. Lit. C. TITII J. Priv. lib. 4. cap. 2. §. 2. l. 49. §. 8. ff. de legat. 1. STRUV. S. J. C. Ex. 22. th. 6. *STRYCK.* Disp. de jure navium c. 3. n. 8. STRYCK Disp. de fortalitiis c. 5. n. 10.

Es fragt sich hierbey noch, ob der Kauf-Contract auch möge sub conditione geschlossen werden? Und da ist denn zu gedencken, daß auch sub conditione suspensiva gültiger Weise ein Kauf-Contract geschlossen werden könne. Z. E. wenn Titius binnen Jahr und Tag die auf dem Guthe hafftende servitut wird getilget haben, so will ich ihm das Guth um 10000. Thaler abgekauffet haben. Dergleichen Kauf ist allerdings zu Recht beständig und gültig. Jedoch würcket die conditio suspensiva, unter welcher er geschlossen ist, soviel, daß nehmlich der Kauff-Contract nicht eher vor perfecto zu achten, als bis nehmlich die Conditio erfüllet worden, mithin kan der Verkäuffer den Käuffer eher nicht zu Erfüllung des Kauf-Contracts

und Bezahlung des Kauf-Geldes anhalten, als bis nehmlich sothane conditio suspensiva ist erfüllet worden, und vice versa der Käuffer dem Verkäuffer auch nicht eher. Hieraus fliesset weiter dieses, daß wenn immittelst, ehe solche conditio suspensiva existiret und erfüllet worden, die sub hac conditione suspensiva verkauffte Sache einen Schaden nimmt oder gar verdirbet, z. E. sie brennet ab, sie wird gestohlen, das grosse Wasser reisset dieselbe weg, u. d. g. der Schaden, so der verkaufften Sache zuwächset, nothwendig über den Verkäuffer gehen müsse, mithin ist die gantze emtio venditio null und nichtig. Wie dieses alles HOPPIUS ad §. 4. J. h. t. p. 723. folgender massen gantz klar und deutlich vorgestellet hat. Sed quæritur, cujus sit periculum, *si venditio sub conditione suspensiva contracta?* Resp. Aut existit conditio, aut non: *Illo casu* distinguendum, utrum res vendita pendente conditione in totum perierit, & totum periculum est venditoris, an pro parte seu tantum deteriorata fuerit, & periculum est emptoris, *l. 8. pr. ff. de peric. & commod. rei vendit.* Ratio differentiæ est, quia conditio existens retrotrahitur ad tempus contractus *l. 78. ff. de V. O.* Re autem perempta retrotractio fieri non potest, quia sic nulla venditio est, cum alterum ejusdem essentiale deficiat, nimirum res *l. 10. §. pen. ff. de jur. dot. l. 7. pr. ff. de contrah. empt. l. 8. pr. ff. de peric. & commodo*

rei

rei venditæ. Quod secus est, si res tantum deteriorata; nam ibi adhuc fictio reperit, ubi pedem figat. B. BRUNNEM. *ad Instit. Ex. 20. §. 3. h. t. n. 5.* HOC CASU, si nimirum non existat conditio, emptio venditio evanescit, & ab initio nulla fuisse putatur. *d. l. §. 8. ff. de peric. & commod. rei vendit.* CARPZ. P. 2. C. 26. Def. 22.

Von denen Personen, welche diesen Contractum emtionis venditionis mit einander celebriren können, ist dieses zu gedencken, daß alle diejenigen, welche die freye Verwaltung ihres Vermögens haben, seu qui liberam de suis rebus disponendi facultatem habent, auch mögen gültiger Weise einen Kauf-Contract eingehen und contrahiren. Jedoch finden sich gewisse Personen, welche in gewissen Fällen etwas zu kauffen abgehalten werden. Und davon will ich kürtzlich folgende Fälle erwehnen. Also 1) die Vormünder derer Unmündigen, item die Curatores derer Minorennen können solche Sachen, sie mögen seyn bewegliche oder unbewegliche, welche ihren Pflegbefohlenen eigenthümlich zustehen, nicht kauffen, und zwar, ob præsumtionem fraudis & ne videatur locupletari cum pupulli damno, dum res viliori emit pretio *l. 34. §. fin. l. 46. ff. de contrah. Emt. Vendit. l. 5. §. 2. & 3. ff. de author. tut.* CARPZ. *l. 5. Resp. 68.* TITII *Jus Privat. Lib. 4. cap. 2. §. 3.* Ja so gar ist ihnen die Erkauffung einiger von seinen Pflegbefohlenen zustehenden beweglichen

oder

oder unbeweglichen Sachen untersaget, daß wenn er auch gleich per intermediam personam oder durch den dritten Mann solches vor sich ankauffen lassen wolte, dasselbe doch null und nichtig wäre, es sey denn, daß er es sub hasta öffentlich erstünde, CARPZ. P. 2. C. 11. Def. 33. oder aber alio tutore adhibito eine seinem Mündel zustehende Sache erkauffte, als in welchem Falle der Kauf allerdings zu Recht beständig und gültig ist. Um so vielweniger ist daran zu zweiffeln, daß wenn der Vormund oder Curator, vor der Zeit, ehe er noch des Mündels oder Minorennens Curator geworden, von demselben und dessen Tutore oder Curatore etwas gekauffet hat, der Kauf zu Recht beständig und gültig sey. l. 78. §. 1. ff. de contrah. empt. STRYCK. ad LAUTERB. Comp. Jur. l. c. verb. Tutor. Sonst ausser diesen Fällen bleibt es bey der Regul, daß kein Vormund oder Curator etwas von seines Pupillen oder Minorennen Vermögen ankauffen könne, welches auch auf die Curatores derer Rasenden, Närrischen und im Kopf verrückten, Verschwenderer, und Abwesenden, zu ziehen, nicht aber auf die Curatores derer majorennen Weibs-Personen, als welche allerdings gültiger Weise mögen von ihren Curanden etwas kauffen.

Weiter so können auch nichts kauffen nach Römischen Rechten die provinciarum præfecti, und zwar gab man dieses nach Römischen

mischen Rechten vor die Ursache an: Metuitur enim, ne provinciales a Magistratu coacti, res suas vilius vendant; ubi ereptio non emptio foret, cum venditori vendere suo arbitratu non liceret, nisi specialiter hoc impetraverint *l. 46. ff. de contrah. empt.* vel paterna & avita eorum bona a fisco distrahantur *l. 62. ff. de contrah. empt. vendit.* Jedoch ist dieses heut zu Tage auf unsere Stadthalter, Vice-Roys, Gouverneurs, und andere Obrigkeitliche Personen keinesweges zu extendiren. Denn moribus Germanorum können bey uns alle Obrigkeitliche Personen indistincte von denen ihnen unterworffenen Persönen etwas gültiger Weise kauffen. Cum enim Magistratus hodierni regulariter sint perpetui, deterrima omnino illorum conditio foret, si nihil illis acquirere liceret in suis provinciis: Quod si quid coërcitione dignum foret commissum ab iis, facillima via apud Principem illos conveniendi ubique pateret. Ubi si officiales immobilia possident, non ita facile se subducere possunt, quam si omne patrimonium in arca habeant. PAGENSTECHER Sicilimenta ad Comp. Jur. LAUTERB. Manipul. I. p. 62. STRYCK ad LAUTERB. l. c. verb. non observatur. Sonst ist noch zu diesem dieses zu annotiren, daß alle diejenigen, welchen ex ratione politica, nach eines ieden Ortes Gesetzen etwas untersaget worden zu kauffen, selbige auch nicht mögen etwas kauffen, und den

con-

contractum empti venditi zu celebriren. Worvon nach iedes Landes oder Ortes Verfassungen zu judiciren ist.

Nun kommen wir auch auf die materiam emptionis venditionis. Und davon ist folgendes zu gedencken, daß selbige darinnen bestehe. Nehmlich der Verkäuffer gewähret und verkauffet dem Käuffer die Sache, sie sey beweglich oder unbeweglich, und der Käuffer giebt ihm davor das pretium oder den Werth und Kauf-Geld.

Was nun in Ansehung der Sache, die da verkauft wird, zu beoachten ist, so ist davon folgendes zu beobachten und zu erinnern. Soll der contractus empti venditi zu Recht bestehen und gültig seyn, so wird erfordert, 1) ut res existat, oder daß diejenige Sache, die ich dem andern verkauffe, vorhanden und gewiß sey, damit man sehe, was ich dem andern verkauffe. Ist sie nicht so beschaffen, ut existat, so ist der gantze Contract null und nichtig, l. 69. ff. de V. O. mithin wenn Titius Mevio sein Haus zu Leipzig abkauffet, es wissen beyde Contrahenten, daß das Haus abgebrandt sey, so ist der gantze Contract null und nichtig, & dolus cum dolo hoc casu compensatur. STRYCK. ad LAUTERB. C. J. Tit. de contrah. empt. verb. nihil agitur.

In Ansehung dieses ersten requisiti, nemlich es sey nöthig, ut res existat, seyn nun noch folgende Observationes zu machen. Nehmlich man

man muß distinguiren, und einen Unterschied machen, utrum res potentia tantum, an etiam actu existat. D. i. ob eine Sache zwar noch nicht wahrhaftig und in natura vorhanden sey und existire, sie kan doch aber existiren, oder ob dieselbe Sache auch schon wahrhaftig in der That und in natura existire. Im ersten Falle ist der über eine solche rem, potentia tantum existentem getroffene Kauf zwar wohl nicht gantz null und nichtig, unterdessen aber ist es doch weiter nichts, als eine blosse emtio conditionalis, so gar, ut si res sperata plane non producatur, nihil etiam ab emtore solvendum sit *l. 8. ff. h. t.* Titius J. Priv. Lib. 4. cap. 2 §. 6. welcher noch diese Limitation beygefüget hat, so ich mit seinen eigenen Worten herzusetzen der Nothdurft befinde: Quod si autem aliquo modo tempore contractus præsens, sed adhuc imperfecta sit, ut si quis fructus in herbis emat, tum emtio pura est & emptor periculum sustinet, adeo ut licet casus fructus interceperit, tamen omne pretium exsolvere debeat, nisi aliud actum sit. *l. 39. §. 1. l. 78. §. fin. ff. de Contrah. Emt. Vendit. l. 21. pr. l. 25. ff. de Act. Emt. Vendit.* Im andern Falle subdistinguiret man wiederum, utrum contrahentes eam in sua potestate non habeant, an vero habeant. Hat der Verkäuffer dieselbe re vera existirende Sache in seiner Gewalt zugleich, so ist es ausgemacht, daß der Kauf-Contract zu Recht beständig

ständig und gültig sey, auch kein Zweiffel, daß der Verkäuffer schuldig sey sothane verkaufte Sache dem Käuffer auszuantworten und zu übergeben, der Käuffer auch ante traditionem nicht verbunden sey das stipulirte Kauf-Geld auszuzahlen. Hat er aber selbige nicht in seiner Gewalt, so ist es eine emtio spei, und da muß man wieder distinguiren, num ipsa spes seu actus percipiendi, v. gr. venatio, piscatio, aucupium, emta sint, an vero res ipsæ, z. E. pisces. Wenn nur die blosse spes oder der actus percipiendi verkauffet worden, z. E. ich verkauffe dir meinen morgenden Fischzug, Vogelfang, u. d. g. so ist dasselbe eine emtio pura, mithin muß der Käuffer das versprochene Kauf-Geld würcklich bezahlen, wenn auch gleich nichts gefangen worden, l. 8. §. 1. ff. h. t. l. 8. §. fin. ff. de peric. & commod. rei vendit. l. 12. ff. de Act. Emt. Vendit. es wäre denn, daß der Verkäuffer verhindert hätte, daß nichts gefangen worden, mithin er daran Schuld gehabt, als in welchem Falle er dem Käuffer die æstimationem illius, quod verosimiliter nasci vel capi potuisset, gewähren und erstatten muß, welches auch von demselben Falle zu sagen, ubi venditor nihil natum vel captum iri sciverit & dissimulaverit. Denn auch in diesem Falle muß er ob dolum suum die æstimation desjenigen, was sonst wahrscheinlich hätte gefangen werden können, dem Käuffer ersetzen. l. 12. l. 21.

pr.

pr. ff. de act. empt. FRANTZK. ad Tit. ff. de contrahend. empt. n. 120. MUDÆUS de actione empti cap. ult. n. 17. Hingegen, wenn ein mehreres gefangen worden, als sonst in langen Zeiten nicht gefangen worden, mithin was ausserordentliches ist, muß doch dasselbe sämtlich ihm dem Käuffer verbleiben, und kan sich der Verkäuffer darüber nicht beschweren, noch von dem Käuffer ein mehreres, als ist verglichen worden, fordern, venditor enim conqueri non potest, licet captum excedat pretium longo intervallo. l. 12. ff. de Act. Emt. Vend. FRANTZKIUS l. c. n. 119. SANDE l. 3. Decis. Frisiæ tit. 4. Def. 16. LAUTERB. C. J. Tit. de Contrahenda Emtione Lit. O. Ist hingegen, um auf den andern Fall zu kommen, nicht die blosse spes, sondern vielmehr die res ipsa verkauffet worden, so ist es alsdenn nicht etwan eine emptio spei, sondern es heisset eine emptio rei speratæ, und dieses geschiehet, wenn nehmlich der Kauf also geschlossen worden. **Ich kauffe dir diejenigen Fische, welche du morgen fangen wirst, vor 100. Thaler ab.** In diesem Falle ist es ausgemacht, daß solches eine emtio rei speratæ sey, hingegen aber ist auch Rechtens und bekandt, daß die emptio rei speratæ eine emptio conditionalis sey, welche allezeit diese Bedingung stillschweigends in sich enthält, daferne nehmlich auch würcklich etwas gefangen wird. Mithin folget daraus, daß

wenn gar nichts gefangen worden, alsdenn der Käuffer auch nicht schuldig sey, etwas zu geben, sowenig als der Verkäuffer befugt ist, in demselben Falle, wenn der Fang ein drey- oder mehrfaches beträgt, als das Kauf-Pretium ist, ein mehreres von dem Käuffer über das Kauf-Pretium zu fordern, gestalt denn auch, wenn sehr wenig gefangen worden, dergestalt, daß der Käuffer über die Helfte lædiret worden, z. E. er hat vor die Fische, welche gefangen werden würden 100. Thaler gegeben, es werden wenig Fische gefangen, dergestalt, daß sie nicht über 20. Thaler werth betragen, er sich nicht mit der læsione ultra dimidium schützen, noch etwas von dem verglichenen Kauf-Pretio abziehen kan, d. l. 8. pr. ff. de Contrah. Emt. Vendit. Titii Jus Privat. Lib. 4. cap. 2. §. 7. Berger. Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 5. th. 3. not. 1. woselbst er auch den Haupt-Unterscheid zwischen der emtione spei und rei speratæ folgender massen anführet. Emtio spei valet simpliciter quamvis nihil captum sit: at rei speratæ emtio sub tacita demum conditione: si extiterit. l. 8. de contr. emt.

Nun kommen wir auch auf das andere Requisitum, welches darinnen bestehet 2) ut res sit certa. Denn wenn die Sache, die da ist verkauffet worden, nicht certa, sondern incerta, man weiß nicht was da ist verkauffet worden, so ist der gantze getroffene Kauf-Contract null

und

und nichtig, aus Ursachen, quia consensus necessarius nondum adest, MANTICA de tacit. & ambig. convent. l. 4. tit. 14. n. 1. & 2. TITII J. Priv. l. c. §. 8. LAUTERB. C. J. l. c. Und hierbey ist nun die Eintheilung der venditionis ad corpus seu per aversionem, und hinwiederum der venditionis ad quantitatem sive mensuram, wohl zu attendiren. Wenn eine emptio venditio per aversionem oder ad corpus **überhaupt in Pausch und Bogen, ungemessen,** geschiehet und celebriret worden, seu quando res plures, sive homogeneæ sive heterogeneæ simul cumulatim atque acervatim confuse universim & sine mensura venduntur. MULLER ad STRUVII *Syntagma Juris Civilis Ex. 23. th. 11. lit. E.* so ist alsdenn der Kauf-Contract sogleich und ab initio zu Recht beständig und gültig, auch vollkommen geschlossen, und also emtio perfecta verhanden, mithin wenn gleich in diesem per aversionem geschlossenen Kauf-Contract in quantitate geirret worden, so ist doch der Kauf-Contract zu Recht beständig und gültig, und kan weder Käuffer, wenn ein wenigers, als in solchem Contracte befindlich ist, gefunden wird, etwas von dem Kauf-Pretio abziehen, noch Verkäuffer, wenn nachgehends ein mehrers gefunden wird, etwas über das verglichene Kauf-Pretium fordern. Ist hingegen die emtio venditio ad mensuram geschehen, z. E. **nach dem Anschlage, Ruthen Zahl** sive **gemessen,** so ist zwar der Kauf-

Contract ratione pœnitentiæ, und daß weder Käuffer noch Verkäuffer pœnitiren, und von dem Contracte abgehen könne, sogleich perfect und vollkommen geschlossen; hingegen aber gehet das periculum oder der Schade, welcher sothaner Sache vor der adnumeratione, admensione, vel appensione über den Verkäuffer, hingegen nach derselben über den Käuffer, auch wenn der Verkäuffer dem Käuffer nicht soviel gewähren kan, so muß soviel von dem Kauf-Pretio abgezogen werden, als die Sache, so ermangelt, werth ist. l. 2. C. de peric. & commod. rei vent. MANTICA de tacit. & ambig. convent. lib. 4. tit. 17. n. 2. CARPZ. l. 5. Resp. 25. n. 6. sqq. BERGER Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 5. th. 2. STRYCK. Caut. Contr. Sect. 2. cap. 8. §. 30. BRUNNEMANN Disp. de vendit. ad corp. & mensur. LUDOVICI Usus Pract. Distinct. Jur. Tit. de Contrah. Empt. Dist. 4. Soviel ist nur noch zu gedencken, daß in demselben Falle, wo die venditio ad mensuram geschehen, bey der re mobili diejenige mensura zu attendiren und derselben nachzugehen sey, quæ in loco contractus est usitata, arg. l. fin. §. fin. C. de admin. tut. l. 3. §. fin. ff. de act. empt. l. 22. ff. de reb. credit. da hingegen, wenn eine unbewegliche Sache ist verkauffet worden, nur diejenige mensura, das ist, Maaß, Gewicht gebrauchet und attendiret wird, welche in dem loco rei sitæ hergebracht und gewöhnlich ist. arg. l. 4. §. fin. ff. de act. emt. vend.

vend. BERGER. Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 5. th. 2. not. 2. p. 639. TITII J. Priv. l. c. §. 9. STRYCK. ad LAUTERB. l. c. verb. *loci contractus*. CARPZ. P. 2. C. 33. Def. 11. n. 9.

Nun kommen wir auch auf das dritte Requisitum, welches bey dem Kauf-Contract unumgänglich nöthig und erforderlich ist, nemlich 3) ut res sit in commercio, das ist, daß die Sache auch so beschaffen, daß sie gültiger Weise möge nach Gefallen verkauffet werden. Denn, wenn es eine solche Sache, die nicht in commercio ist, und nicht nach Gefallen veräusert und veralieniret werden kan, so ist der gantze darüber verfertigte Kauf-Contract null und nichtig. l. 6. pr. l. 22. l. 23. l. 34. §. 1. l. 70. ff. de contrah. empt. vendit. VINNIUS ad §. fin. J. h. t. Daher denn diese Regul billig zum Grunde zu setzen: Quæcunque res in rerum natura sunt, aut ad minimum esse possunt suntque præterea in commercio, illæ vendi possunt; quæcunque vero res non sunt ita comparatæ, illæ nec vendi possunt. HOPP. ad §. 5. Inst. h. t. p. 723. Jedoch verstehet sich dieses, daß nehmlich sothaner über dergleichen Sache, welche nicht in commercio ist, geschlossene Contract null und nichtig sey, nur von dem Falle, wenn nehmlich beyde Contrahenten wissen, es sey dieselbe Sache nicht in commercio, oder aber beyde Theile wissen nicht, daß solche Sache nicht in commercio sey. Denn in diesem Falle

ist der Contract augenscheinlich null und nichtig. l. 6. pr. l. 34. §. 2. & 3. l. 70. ff. h. t. VINNIUS ad §. fin. J. h. t. Hingegen hat der Verkäuffer gewust, es sey dieselbe Sache nicht in commercio, und könne er sie nicht verkauffen, er verkauffet sie aber dem ohngeacht, und der Käuffer weiß von der Beschaffenheit sothaner Sache nichts, so ist zwar der Kauf nicht zu Recht beständig und gültig, unterdessen aber würcket doch sothaner geschlossene Kauf-Contract soviel, daß der Verkäuffer dem Käuffer das Interesse seu id, quod interest, præstiren müsse. l. 4. l. 34. §. 3. in fin. l. 62. §. 1. l. 70. ff. de C. E. V. l. 19. §. 1. l. 33. ff. locat. TITII observat. Lauterb. Obs. 499. & J. Priv. lib. 4. cap. 2. §. 10. BERGER Oecon. Jur. Lib. 3. Tit. 5. th. 5. not. 19. Hat aber der Verkäuffer nicht gewust, daß solches eine res extra commercium posita sey, er hat auch justam ignorantiæ causam vor sich gehabt, (denn wenn er nicht justam ignorantiæ causam vor sich gehabt, so ist er doch ad præstationem ejus quod interest dem Käuffer ob ignorantiam supinam verhaftet,) so ist er nicht schuldig, dem Käuffer einiges Interesse zu bezahlen, ob er wohl, wenn ihm der Käuffer das verglichene Kauf-Pretium entweder gantz, oder doch einen gewissen Theil davon bereits bezahlet hat, dem Käuffer sothanes bereits bezahltes Kauf-Geld wieder zu bezahlen schuldig ist. arg. l. 33. ff. locat. l. 11. §.

fin.

fin. ff. de Act. Emt. HOPP. ad §. fin. J. h. t. p. 724. Hätte hingegen der Verkäuffer gar nichts davon gewust, auch in justa ignorantia gestanden, der Käuffer hingegen hat gewust, es sey eine Sache, quæ extra commercium posita, so ist zwar der Contract nicht gültig, unterdessen aber kan der Käuffer von dem Verkäuffer nicht die præstationem Interesse suchen, ja wenn der Käuffer bereits etwas von dem accordirten Kauf-Pretio bezahlet hat, so ist der Verkäuffer nicht schuldig ihm das erlegte Kauf-Pretium wieder zu bezahlen, sibi enim imputet, quod pro re non vendibili sciens pretium solverit. l. 34. §. 3. l. 70. ff. de C. E. V. TITII J. Priv. lib. 4. cap. 2. §. 10. STRYCK ad LAUTERB. l. c. verb. *venditor.*

Es fragt sich aber nun, was denn unter diejenigen Sachen, so nicht in commercio stehen und seyn, gerechnet werde? Und da ist denn folgendes zu gedencken: Erstlich alle res religiosæ, sacræ und sanctæ seyn nicht in commercio, mithin mögen selbige auch nicht verkauffet werden, wie solches bereits bey dem Tit. I. Lib. II. Part. VI. p. 521. usque 575. ist weitläuftig gezeiget worden, darauf ich mich auch beruffe. Ferner und vors andere mögen auch die res publicæ, oder die der gantzen Universität gehörige Stadt- oder Gemeinde-Güther, nicht verkauffet werden, sowenig als die Veräuserung derer Domain- und Cammer-Güther

zu Recht beständig und gültig, vielmehr null und nichtig ist, wie solches auch ad Titulum I. Lib. II. Part. VII. p. 585. mit mehrern ist gezeiget worden.

Zum dritten rechnet man auch unter diese Classe venena mala oder schädliche Gifte. Denn diese dürffen auch nicht so promiscue und einem ieden ohne Unterscheid verkauffet werden, vielmehr ist in der Peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung Art. 37. ausdrücklich disponiret, es solte von keinem Apothecker, ohne Vorbewust und Erlaubniß der Obrigkeit desselben Ortes, Gifft iemanden verkauffet werden, daferne nicht die Medici solches zu præparirung heylsamer Artzeneyen verlangeten, gestalt denn auch in bemeldtem Articul verordnet, daß die Apothecker darauf schwören solten. Ob nun aber wohl dieser Dispoſition der Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung, in Ansehung der bey iedesmahliger Verkauffung des Giftes erforderlichen Einholung des Obrigkeitlichen Consenses heut zu Tage nicht stricte nachgelebet, vielmehr Gifft auch ohne iedesmahl eingeholter Obrigkeitlichen Einwilligung verkauffet wird, so dürffen doch die Apothecker nicht so indistincte einem ieden Gifft verkauffen, der dasselbe nur verlanget, sondern nur ehrlichen, unbescholtenen und bekandten, keinesweges aber verdächtigen oder gäntzlich unbekandten Personen, nisi vendens pœnam

ordi-

ordinariam incurrere velit. CARPZ. P. 1. qu. 20. n. 6. STRYCK ad LAUTERB. loc. cit. verb. *venena mala*.

Oeffentliche Aemter und Ehren-Stellen sollen auch nicht verkauffet, sondern dieselbigen mit tüchtigen Personen, ohne Erlegung des geringsten Kauf-Geldes besetzet werden, wiedrigenfalles verfallen beyde Personen in das Crimen Ambitus. Nov. 6. cap. 1. §. 9. Nov. 8. cap. 7. Es gehören auch noch ferner hierunter res furtivæ, oder gestohlene Sachen. Denn wenn der Eigenthums-Herr, dem selbige gestohlen worden, sie antrifft, so kan er sie von ieden Besitzer dererselben, er mag seyn wer er wolle, gültiger Weise mittelst der Rei Vindication wieder fordern, und sie müssen ihrem wahrhaften Eigenthums-Herrn nothwendig wieder restituiret werden. Ja wenn der ietzige Besitzer, der nehmlich solche gestohlene Sache gekauft, und von dem sie der Eigenthums-Herr mittelst der condictionis rei furtivæ wiederfordert, vor dem Kauffe gewust, es sey eine gestohlene Sache, und dem ohngeachtet hat er sie gekauffet, so kan er auch von dem Verkäuffer, dem er sie abgekauffet hat, keinesweges das Kauf-Pretium wiederfordern, da hingegen wenn der Käuffer solches nicht gewust hat, er zwar dem Eigenthums-Herrn sothane Sache wieder ausantworten muß, unterdessen aber kan er doch den Verkäuffer anhal-

R 5 ten,

ten, daß er ihm das gezahlte Kauf-Pretium una cum interesse emptoris, rem ipsi non fuisse ablatam, wiedergeben und bezahlen muß. l. 34. §. 3. ff. de C. E. V. STRYCK ad LAUTERB. l. c. verb. *furtivæ*. So mag auch nicht eine res litigiosa gültiger Weise veräusert und verkauffet werden. l. 2. & 4. C. de litigiosis. l. 1. §. 1. ff. eod. Jedoch heisset dieses nur eine res litigiosa, wo ich nemlich über den Eigenthum einer Sache mit dem andern processire, seu quando de dominio vel quasi controvertitur. AUTHENT. *Litigiosa*. C. eod. Daher wenn nicht das Eigenthum einer Sache, sondern vielmehr nur eine servitut oder ein anderes jus in re in Zweiffel gezogen, und darüber processiret wird, so ist doch deßwegen die Sache nicht sogleich eine res litigiosa, siquidem etiam nec sola protestatio sufficit, ut res litigiosa dicatur, mithin mögen dergleichen Sachen, weil sie nicht res litigiosæ seyn, gültiger Weise verkauffet werden. BERGER 1. Resp. 135. & 2. Resp. 228.

Nach dem Churfürstl. Sächsischen Mandat von Anno 1623. ist auch bekandt, daß es untersaget und verboten sey, die Bauer-Güther zu vereintzelen, zu vergliedern, und Stücke davon zu verkauffen, woraus Ill. BERGER in Oecon. Jur. lib. 3. Tit. 5. th. 5. not. 17. also schliesset: Ex *Mandato*, quod dixi *Electorali*, quæ pertinentiæ prædiorum distrahi prohibentur, condictionem ex lege dari, etiam emptori con-

contra venditorem, ad id, ut hic reliqua etiam vendat, aut quæ vendidit, restituto pretio, recipiat.

Wenn nun also es eine Sache ist, die da kan verkauffet werden, und welche in commercio ist, so ist der Kauf-Contract zu Recht beständig und gültig. Es können auch verkauffet werden solche Sachen, welche dem Verkäuffer nicht vollkommen und gantz und gar eigenthümlich zustehen, sondern nur zum theil oder gemeinschafftlich seyn, aus Ursachen, quia nemo prohibetur partem suam in re communi, etiam invito socio alteri vendere, licet prohibeatur rei huic servitutem imponere *l. 6. ff. de comm. prædior.* Servitutis enim impositione fundus redditur deterior, quod non fit in venditione. Quodsi ergo alteri domino non placeat, emtorem condominum habere, ad divisionem provocet. STRYCK ad LAUTERB. l. c. verb. *Etiam communis*, welcher auch den legem obstantem 28. *ff. commun. divid.* folgender massen daselbst expliciret. Dicitur hic quod in re communi melior sit ratio prohibentis, sc. si quis de re communi, *ut tali*, disponat, de parte enim sua liberum habet arbitrium, cum discedere quotidie ex communione possit. Si autem novus emtor reliquis sociis non placeat, hi ad divisionem provocare, & ab eius communione semper liberare poterunt.

Es mag auch eine res aliena oder eine frem-

fremde Sache, die dem Verkäuffer nicht eigenthümlich zustehet, wohl verkauffet werden, es hat auch sothaner darüber getroffene Kauf-Contract seine effectus juris. Denn wenn ein dergleichen Kauf geschlossen worden, so ist der Verkäuffer obligiret und verbunden, ad rem præstandam vel interesse. l. 28. ff. de C. E. V. l. 11. §. 8. l. 30. §. 1 ff. de act. empt. l. 15. l. 16. ff. commod. l. 31. ff. depos. BACHOV. Vol. I. Disp. 28. th. 4. lit. E. & Vol. 2. Disp. 7. th. 4. lit. C. Es hat auch dieser über eine rem alienam getroffene Kauf-Contract diese Würckung, daß der Käuffer dadurch die facultatem usucapiendi erlanget. Hingegen ist der Verkäuffer schuldig dem Käuffer die Eviction zu præstiren, das ist, wenn der wahrhafte Eigenthums-Herr einer solchen Sache dieselbe mittelst der angestellten Rei Vindication von dem Käuffer und Besitzer sothaner rei alienæ wiederfordern solte, muß ihm der Verkäuffer die Gewehr leisten, dergestallt, daß wenn er die gekaufte fremde Sache dem vindicirenden Eigenthums-Herrn wiedergeben und extradiren muß, der Verkäuffer ihm, dem Käuffer, das Kauf-Geld, das er vor solche Sache ihm, dem Verkäuffer, gegeben hat, samt dem Schaden den er durch solche Eviction erlitten hat, restituiren muß. l. 28. ff. de C. E. V. l. 11. §. 8. l. 30. §. 1. ff. de A. E. V. l. 3. C. de evict. l. 15. l. 16. ff. commod. l. 31. ff. depositi l. 7 ff. locat.

l. 9. pr. l. 22. §. 2. ff. de pigner. act. Ja die Dd. extendiren dieses auch so gar weit, daß wenn auch gleich sowohl Verkäuffer als Käuffer beyderseits wohl gewust haben, es sey dieselbe Sache, über die sie mit einander contrahiren, eine fremde Sache, die dem Verkäuffer nicht eigenthümlich zustehe, nichts destoweniger der Verkäuffer dem Käuffer die Gewehr oder eviction præstiren müsse, denen aber STRYCK ad LAUTERB. l. c. verb. *Et emptor* mit folgenden Worten widerspricht: Hoc casu venditionem veram contrahi non existimo, in dolo enim uterque est, quod de re aliena contrahant, quod & clare decisum *in l. 34. ff. de Contrah. Emt. Vendit.* Nec fuerit pro *Autore* argumentum *c. l.* 28. nam ibi generaliter tantum asseritur, rem alienam vendi posse, restringendum ergo illud ipsum ex *d. l. 34.* modo emtor ignoraverit.

Meine mir bereits eigenthümlich zustehende Sache kan ich nicht kauffen, aus Ursachen, quia quod semel meum est amplius meum fieri nequit. Es wäre denn, daß einem andern eine Servitut oder anderes jus in re an meiner Sache zustünde, als in welchem Falle ich gar wohl dasselbe jus in re, oder Servitut, welche einem andern in meiner mir eigenthümlich bereits zustehenden Sache gebühret, allerdings ihm gar wohl abkauffen kan. Sonst ausser diesem Falle bleibt es bey der Regul, daß ich meine mir bereits schon eigenthümlich

zuste-

zustehende Sache nicht kauffen könne, sondern wenn ich auch gleich zur Zeit, da ich den Kauf-Contract geschlossen, nicht gewust habe, es sey meine eigenthümliche Sache, so mag doch der gantze Kauf-Contract nicht bestehen, noch zu Recht gültig seyn, vielmehr ist derselbe null und nichtig, und zwar tam quoad effectum translati dominii, weil ich sonst etwas zu dem Ende kauffe, damit ich Eigenthums-Herr von demselben werden möge, dieser finis und End-zweck aber deßwegen, weil mir die Sache bereits eigenthümlich zustehet, nicht erhalten werden mag, theils quoad effectum actionis. Denn der Käuffer kan nicht ad eum effectum wider den Verkäuffer klagen ut præstet interesse, und der Verkäuffer kan auch nicht aus solchem Contracte wider den Käuffer klagen, daß er das versprochene Kauf-Pretium erlege und zahle, mithin da die gantzen effectus, so sonst bey einen andern gültigen und zu Recht beständigen Kauf-Contract sich äusern, bey diesen super emptoris re propria getroffenen Kauf-Contracte gäntzlich cessiren, so folget von sich selbst, daß der gantze Kauf-Contract nothwendig null und nichtig seyn müsse. l. 16. ff. de Contrah. emt. vendit. l. 4. C. eod. l. 45. ff. de R. J. Ja dergestalt ist dieser super re emtoris propria geschlossene Kauf-Contract null und nichtig, daß wenn der Eigenthums-Herr das in dem Kauf-Contracte verglichene Geld

und

und Kauf-Pretium bereits gezahlet hat, er so-thanes bezahltes Kauf-Pretium von dem Verkäuffer oder demjenigen, dem er die Kauf-Summa bezahlet hat, mittelst der condictionis indebiti, oder auch sine causa allerdings gültiger Weise wiederfordern könne. l. 16. ff. de C. E. V. l. 4. C. eod. Tit. J. Priv. l. c. §. 13.

Von der Betrachtung derer Sachen, welche verkauffet werden können, komme ich auch auf das Kauf-Pretium, und will in möglicher Kürtze dasjenige, was hierbey zu erinnern und anzumercken, anfahen. Das Kauf-Pretium muß in pecunia numerata bestehen. §. 2. J. h. t. oder wie es andere beschreiben in nummis ad numerum solvendis. Daher wenn dasjenige, was vor die andere Sache gegeben wird, nicht in baarem Geld bestehet, z. E. es kauffet Titius Mevio seinen Garten ab, und giebt ihm seinen Weinberg davor, so ist dasselbe kein Kauf-Contract, sondern vielmehr der Tausch-Contract, oder der Contractus permutationis, aus Ursachen, weil hierbey ein essentiale requisitum des Kauf-Contracts ermangelt, nehmlich pecunia numerata. Eben so verhält sich es, wenn nehmlich an statt der pecuniæ numeratæ ein gewisses factum promittiret und versprochen worden. Z. E. ich verkauffe dir mein Haus, und du giebst mir deine Stimme, daß ich dieses Amt bekomme. Denn in diesem Falle ist es auch kein Contractus

tractus emti venditi, sondern vielmehr ein Contractus innominatus. Ja dieses verhält sich in angezogenen Fällen, auch alsdenn, wenn gleich in solchem aufgerichteten Contracte ausdrücklich gedacht worden, es sey ein Kauf-Contract, und von Käuffern und Verkäuffern geredet worden. l. 6. ff. de præscript. verb. l. 6 §. 1. ff. de act. emt. aus Ursachen, quia in contractibus semper id inspicimus, quod principaliter actum est. *l. 34. ff. de R.* HOPPIUS ad §. 2. J. h. t. p. 718. welcher in angezogenen Orte auch dieses bemercket, quod non sit venditio, si pecunia appendatur, auch solches mit FRANTZKIO ad ff. h. t. n. 217. bestärcket. Soviel ist noch zu gedencken, wie nehmlich nur erfordert werde, daß bey Abfassung des Kauf-Contracts das pretium in pecunia numerata oder baaren Gelde gesetzet, und ausgemachet werde. Denn wenn gleich die Contrahenten nachgehends wieder davon abgehen, und der Verkäuffer ex postfacto statt baaren Geldes eine andere Sache annimmt, so ist und bleibet es doch gleichwohl noch immer ein Kauf-Contract. Nam si ex postfacto contrahentibus placuerit, ut loco pecuniæ ab initio promissæ res alia in solutum detur, nihilominus emtio & venditio manet. *l. 9. C. de rescind. vendit.* quia initium, non exitum circa formam & distinctionem contractuum spectamus. *arg. l. 13. ff. de his, qui not. infam. l. 1. §. 13. ff. depos.*

Es

Es fragt sich aber, ob dieses denn ein Kauf-Contract eigentlich sey, wenn nehmlich die Partheyen und Contrahenten sich mit einander verglichen haben, es solle das pretium theils in baaren Gelde bestehen, theils wolle auch der Käuffer dem Verkäuffer eine gewisse Sache loco pretii zugeben, oder aber ob dasselbe eine permutatio sey? Die Decision dieser Frage kan ich nicht besser als mit Hoppii ad §. 2. J. h. t. p. 718. & 719 eigenen Worten geben, wenn er nehmlich distinguendo den gantzen Casum folgender massen entscheidet. Videndum hoc casu primum, quid principaliter actum, & utrum contrahentes habuerint animum emtionem venditionem contrahendi, an permutationem. Si *illud*, emtio & venditio est, & res pro additamento habetur, als eine Zugabe. arg. l. 6. §. 1. L. 21. §. 4. ff. de Act. Emt. Si *hoc*, permutatio est & pecunia habetur instar additamenti, licet rem excedat. Quod si de hoc animo non constet, videndum porro, quid prævaleat, si *res*, permutatio erit; si *pretium*, erit emtio venditio. *l. 6. C. de pact. int. Emt. & Vendit.* Denique si neutrum prævaleat, sed utrumque sit æquale, in dubio potius permutatio contracta censetur, quam emtio venditio, *arg. l. 1. ff. de æstimat. act.* R. Quia permutatio antiquior est emtione. Carpz. *P. 2. C. 32. Def. 15.* Non obstat, quod emtio tamen frequentior sit, imo perfectior etiam & firmior

permutatione: Nam Resp. in re dubia justius non minus quam tutius esse benigniorem interpretationem sequi. *l. 192. §. 1. ff. de R. J.* etiam in cotractibus *l. 13. §. 8. ff. de Hæred. petit.* SCHILTER. *Exerc. ad ff. 20. §. 20.*

Da ich nun gezeiget habe, es solle das Kauf-Pretium in pecunia numerata bestehen, so muß ich auch mit wenigen gedencken, wie nehmlich pecunia numerata nicht etwan allein das Geld, das sogleich und in continenti baar bezahlet wird, darunter verstanden werde, sondern es ist schon genug, wenn nur das pretium in baaren Gelde bestehet, und ausgemachet worden, ob dasselbe gleich nicht sogleich und in continenti, sondern auf Termine bezahlet werden soll, aus Ursachen, quia & sub fide habita res vendi potest, und dieses, daß es müsse pecunia numerata oder baares Geld seyn, nur denen andern Sachen, die nicht baares Geld sind opponiret und entgegen gesetzet wird. STRYCK ad LAUTERB. l. c. verb. *numerata.*

Wie nun aber das Kauf-Pretium in pecunia numerata bestehet, und bestehen muß, soll anderer gestalt der contractus emti venditi geschlossen seyn, so ist noch zu gedencken, daß noch über dieses das pretium müsse seyn verum non simulatum aut dicis causa constitutum. *l. 36. & 38. ff. h. t. l. 55.* ff. eod. l. 16. ff. de R. J. So muß auch das pretium justum seyn, nehmlich es muß dem wahren Werth der verkaufften Sache

che gleich kommen. Denn wenn die Sache viel unter den wahren Werth und unter desselben Helffte verkaufft ist, so heisset dieses eine læsio ultra dimidium, und kan der gantze Kauf-Contract ob læsionem ultra dimidium aufgehoben und rescindiret werden. So muß es auch ein pretium certum seyn, man muß nehmlich gewiß wissen, wie viel vor die verkauffte Sache zu geben sey versprochen worden. Mithin muß es in quantitate determinata bestehen, man muß wissen, wie viel vor die verkauffte Sache gegeben werden soll. Hingegen wird dieses nicht erfordert, daß auch die Müntz-Sorte darinnen exprimiret sey, oder in welcher Müntz-Sorte das Kauf-Geld bezahlet werden solle, bedungen worden. Denn wenn gleich die Müntz-Sorte nicht exprimiret worden, so bleibt es doch gewiß, was die Partheyen haben geben wollen, folglich entstehet daraus keine Ungewißheit, wie viel nehmlich zu geben accordiret worden, sondern das pretium ist allerdings certum. So viel ist nur noch darbey zu erinnern, daß wenn in dem Kauf-Contract nichts determiniret, in was vor Müntz-Sorten das Kauf-Geld gezahlet werden solle, daß alsdenn der Käuffer keine andere Müntz-Sorten zu zahlen schuldig sey, als nur solche, welche in loco contractus gang und gebe sind, in dubio enim intelligitur contrahentes monetam respexisse, quæ consueta est in loco contractus.

Da nun aber das pretium certum nur determinatum seyn soll, so folget von sich selbst, daß derjenige Kauf-Contract nicht gültig und zu Recht beständig sey, wo nehmlich die Contrahenten sich mit einander über das Kauf-Pretium also verglichen, ut res pro justo pretio sit vendita, es solte dieselbe Sache hiermit um den rechten und wahren Preiß verkauffet seyn, aus Ursachen, weil hier kein certum pretium zu ersehen, sondern alles noch in der Ungewißheit beruhet: es hätte denn die Sache ein pretium legale und wäre von der Obrigkeit desselben Ortes ausdrücklich definiret, daß solche Sache so viel gelten solte, als in welchen Falle der Kauf-Contract zu recht beständig und gültig ist, aus Ursachen, weil schon durch des Richters und der Obrigkeit Determination ein gewisses pretium gesetzet, mithin nicht gesaget werden kan, daß ein pretium incertum vorhanden sey. So ist auch dieses schon ein pretium certum, wenn nehmlich die Contrahenten sich auf was gewisses bezogen haben; z. E. der Käuffer hat gesagt, ich gebe dir so viel davor, als du bey deinem Kauffe davor gegeben hast. Denn in diesem Falle mag auch nicht gesaget werden, es sey das pretium noch incertum, weil die Gewißheit, wie viel nehmlich davor gegeben werden solle, sich sogleich aus dem vorhergehenden Kauffe erweiset und giebet.

Hingegen ist kein pretium certum vorhanden,

den, mithin auch der Kauf-Contract zu recht nicht beständig noch gültig, wenn das Kauf-Pretium dem Käuffer, oder Verkäuffer anheim gestellet und überlassen ist, seu pretii determinatio collata in arbitrium alicuius ex contrahentibus. Denn in diesem Falle ist der gantze getroffene Kauf-Contract null und nichtig, quia nullum adest vinculum, quo alter ad certum quid solvendum constringatur.

Um so viel weniger ist der Kauf-Contract zu recht beständig und gültig, wenn nehmlich die determination des Kauf-Pretii auf des Tertii oder des dritten Mannes seinen Ausspruch gesetzet worden. Jedoch muß man hierbey gar wohl einen Unterscheid machen, ob die determination des Kauf-Pretii in arbitrium tertii certi, oder aber tertii incerti gestellet worden. Im ersten Falle, wenn die determination des Kauf-Pretii in arbitrium incerti ist gestellet worden, so ist der gantze Kauf-Contract null und nichtig, dahingegen, wenn sie in arbitrium tertii cuiusdam certi ist gestellet worden, so machet man wiederum einen Unterscheid, ob derselbe Tertius, dem die determination des Kauf-Pretii ist überlassen worden, das pretium determinire oder nicht. Determiniret der Tertius das Kauf-Pretium nicht, so ist der gantze Kauf-Contract null und nichtig, tanquam conditione sub qua contractum deficiente, *l. fin. C. de C. E. V. §. 1. J. h. t.* Determiniret aber der

Tertius das Kauf-Pretium, so muß auch nothwendig seiner determination nachgegangen werden, daferne nur nehmlich sothane Determinatio nicht injusta, & aperte iniqua sey, neque enim contrahentes in tertii arbitrium consentiendo immodice se obligasse voluerunt, sed tertium recte arbitraturum sperarunt, mithin ist in diesem Falle zwar nicht der gantze Contract null und nichtig, unterdessen aber kömmt doch in solchem Falle die gantze Sache auf das Ermessen des Richters an. l. 18. ff. judic. solv. HOPP. ad §. 1. J. h. t.

Dieses wäre nun von denen wesentlichen Stücken eines jeden Kauf-Contracts genug gehandelt. Nun folget auch noch die Obligation und Schuldigkeit, welche denen contrahirenden Personen, sowol Käuffern als Verkäuffern, oblieget. Der Käuffer ist obligiret, das Kauf-Geld zu bezahlen, und wenn er solches nicht thut, die interessen davon ob moram dem Verkäuffer zu bezahlen. Hingegen der Verkäuffer ist schuldig, dem Käuffer die verkauffte Sache una cum fructibus post venditionem perceptis & omnibus accessionibus zu übergeben und auszuantworten.

Es fragt sich aber über wen der Schaden gehe, welcher der Sache post venditionem und noch ante traditionem zuwächset, seu ad quem pertineat, periculum rei venditæ. Und da ist denn ausgemachten Rechtens, daß der Schade,

so

so nach geschehenen und geschlossenen Kauf-Contract der Sache nach ante traditionem zuwächset, nothwendig über den Käuffer keinesweges aber über den Verkäuffer gehe, aus Ursachen, theils weil der Verkäuffer ein debitor speciei ist, i. e. rem venditam in specie debet emtori, mithin wie sonst bekandt, quod debitor speciei liberetur interitu casuali illius rei, also muß er auch von seiner obligation dadurch befreyet werden, theils auch, quia emtor sibi imputare debet cur pretium non statim obtulerit, & rem venditam petierit, cum mora sua cuique nocere debeat non alteri *l. 155. ff. de R. J.* theils ferner auch, quia perfecta emtione omne commodum pertinet ad emtorem *§. 3. J. h. t. l. 7. ff. de peric. & comm. rei vendit.* per consequens & periculum ad ipsum pertinere debet, *arg. l. 10. ff. de R. J.* CARPZ. P. 2. C. 26. Def. 20. Und hindert nichts, wenn gleich der Verkäuffer ante traditionem oder vor der Ubergabe noch immerdar Dominus genennet wird §. 3. J. h. t. Hingegen sonst in Rechten bekandt, quod res quælibet suo pereat domino l. 9. C. de pigner. act. Denn hierauf ist wieder mit Bestande Rechtens dieses anzuführen, quod venditor non amplius sit perfecte dominus rei venditæ, cum illa per contractum iam affecta, adeoque ipse simul debitor factus sit illius rei: Debitorem autem rei, interitu rei liberari *l. 23. ff. de V. O.* Ja wenn auch gleich der *l. 33. ff.*

locati zu Unterstützung der gegenseitigen widrigen Meynung möchte angeführet werden, in welchen ausdrücklich enthalten, quod fundo vendito & ante traditionem publicato, venditoris periculum sit, so redet doch der angezogene lex nur von dem Falle, wo der Verkäuffer an der verkaufften Sache eine culpam und delictum begangen, mithin ist es nothwendig Rechtens, quod culpa potius noceat ei, qui eam commisit, quam alii. ECKHOLT *ad ff.* Tit. de peric. & commod. rei vendit. §. 1. ZOES ad ff. tit. eod. n. 7.

Wie nun also Rechtens, daß der Schaden, welcher der verkaufften Sache zuwächset und zwar noch ante traditionem über den Käuffer gehe, und ihm zum Schaden dieselbe Sache verderbe; also ist auch dieser Satz nur von demselben Falle wahr, wenn nehmlich die emtio & venditio perfecta ist, seu quando contrahentes simpliciter, sine conditione constitutiva de re & pretio consenserunt, simulque constat, quid quale quantum veniat. Denn wenn die emtio venditio perfecta ist, so folget von sich selbst, daß wenn gleich die Sache dem Käuffer noch nicht übergeben und tradiret worden, ja wenn auch gleich der dies solutioni aut traditioni præfixus nondum cessirt, dennoch das periculum deteriorationis, amissionis und interitus über den Käuffer gehe. Wiewohl was den Fall anlanget, ubi res vendita intereat, antequam

quam dies solutioni aut traditioni præfinitus cessit, so distinguiret hierbey B. STRYCK. ad LAUTERB. verb. *traditioni* nicht unbillig also: Distinguendum hic probe, *an dies traditioni adiecta*, ut si ita sit conventum: Vendo tibi hanc domum sed non prius tradam, quam post finitas nundinas; *an vero ipsi venditioni*, e. gr. Hæc domus tibi post nundinas pro tot thaleris vendita esto. Priori casu periculum est emptoris, quia venditio perfecta: posteriori autem casu periculum adhuc erit venditoris.

Hieraus fliesset, daß der Verkäuffer, wenn gleich die verkauffte Sache vor der Ubergabe ist verbrandt, gestohlen oder sonst umkommen und verdorben, nichts desto weniger von dem Käuffer das Kauf-Geld fordern könne, perinde ac si rem tradidisset. Ja wenn er das Kauf-Geld bereits erhalten und empfangen, so behält er dasselbige zurück, und kan der Käuffer es nicht wieder fordern. §. 3. J. h. t. l. fin. C. de E. V. l. 5. §. fin. ff. de rescind. vendit. CARPZ. P. 2. C. 26. Def. 20. HAHN. ad WESENBEC. tit. de peric. rei vendit. n. 1. Eben dieses, daß nehmlich das periculum rei venditæ über den Käuffer gehe, findet auch statt, wenn gleich eine verkauffte unbewegliche Sache also ruiniret und verderbet worden. Denn auch bey unbeweglichen Sachen gehet der Schade, der sothaner Sache vor der gerichtlichen Verschreibung zuwächset, über den Käuffer. Nun möchte zwar

wohl scheinen, als ob das periculum so ante resignationem judicialem, oder vor der gerichtlichen Verschreibung der Sache zuwächset, nothwendig über den Verkäuffer gehen müsse, aus Ursachen, weil die emtio venditio, welche bey denen unbeweglichen Grund-Stücken nicht anders völlig vollzogen wird, als durch die gerichtliche Verschreibung, noch nicht perfecta, sondern bis itzo ob deficientem judicialem resignationem noch imperfecta ist. Hingegen aber bey der emtione venditione imperfecta gehet der Schade allezeit über den Verkäuffer. Dem ungeachtet aber muß doch gesaget werden, daß auch der verkaufften Sache vor der gerichtlichen Verschreibung zuwachsende Schade nothwendig über den Käuffer, nicht aber über den Verkäuffer gehen müsse. Licet enim imperfecta sit respectu dominii transferendi, non tamen ratione periculi: huius enim intuitu statuta nihil correxerunt: ergo manet jus commune incorrectum, cum statuta ex jure communi restringantur & alias leges correctoriæ sint strictissimæ interpretationis. PAGENSTECHER *Sicilim. ad* LAUTERB. Comp. Jur. manip. I.

Das periculum rei venditæ gehet auch über den Käuffer, wenn gleich eine conditio resolutiva dem Kauf-Contract beygefüget und annectiret worden. l. 20. §. I. ff. de præscript. verb. l. 2. & 3. ff. de in diem addict. Z. E. es ist gesaget worden in dem Kauf-Contract: Ich ver-

verkauffe dir meinen Garten um 1000. Rthlr. wenn ich aber binnen Jahres Frist wieder komme, und dir diese 1000. Rthlr. wieder bezahle, oder einen bessern Kauffmann dir bringen kan, der mehr davor giebt, als du, so must du mir den Garten lassen. In denselben Falle gehet der Schaden, der sothaner Sache zuwächset, dennoch über den Käuffer, aus Ursachen, weil dieser conditionis resolutivæ ungeachtet, dennoch eine perfecta emtio venditio vorhanden. LAUTERB. *Comp. Jur. Tit. de peric. & commod. rei venditæ.* Ja nach Maßgebung des l. 21. ff. de act. vel hæredit. vendit. ist auch zu gedencken, daß wenn gleich der Verkäuffer diese Sache bereits einem andern wiederum von neuen verkauffet, und das Kauf-Pretium von demselben bekommen, seu venditor rem venditam alteri iterum vendiderit, & pretium acceperit, dennoch der Schaden über den Käuffer gehe. Quamvis enim peccet venditor, rem alteri vendendo, eo ipso tamen prior contractus non resolvitur, & sic quoque periculum manet emptoris. Nec obest, quod venditor pretium habeat, non enim ex pretio æstimatur periculum.

Es gehet auch das periculum rei venditæ über den Käuffer, quando alius rem venditam jure protimiseos retrahere desideret & de eo lex duret, d. i. wenn nehmlich ein anderer das Vorkauffs-Recht zu solcher verkaufften Sache ver-

verlanget, und darüber streiten sie sich mit einander, mitlerweile ehe diese Sache noch entschieden wird, kommt die gekaufte Sache um. In demselben Falle gehet der Schaden doch auch über den Käuffer. Agitur enim hic de venditione resolvenda; ergo antequam resolvatur, plenum effectum venditionis habebit, & sic quoque tamdiu emtoris erit periculum rei emtæ, de qua adhuc litigatur. STRYCK l. c. verb. *de eo lis duret.* Nicht minder, wenn sich auch gleich der Verkäuffer in dem Kauf-Contract das Eigenthum an der verkauften Sache solange vorbehalten hat, bis nehmlich ihm das Kauf-Geld von dem Käuffer sey bezahlet worden, so gehet doch der Schaden nicht über den Verkäuffer, sondern vielmehr über den Käuffer, aus Ursachen, weil die reservatio dominii in favorem vendentis geschehen, damit nehmlich er wegen der Zahlung desto sicherer seyn möge, mithin mag dieses in sein odium nicht detorquiret werden, obschon der Verkäuffer besser sicherer thut, wenn er zu Vermeidung derer etwan daraus erwachsenden Weitläuftigkeiten zu der reservatione dominii noch dieses hinzusetzet: sed sine periculo. vid. STRYCKII Cautel. Contract. Sect. 2. c. 8. §. 25.

Unterdessen aber kommen doch auch Fälle vor, wo bey der emtione venditione perfecta der Schaden auch über den Verkäuffer und nicht über den Käuffer gehet. Also gehet der

Scha-

Schaden, welcher der verkauften Sache zuwächset, über den Verkäuffer, wenn des venditoris oder Verkäuffers sein Betrug oder culpa lata vel levis vorhergegangen, und dadurch eben der Schaden verursachet worden. §. 3. J. h. t. l. 35. §. 4. ff. de contrah. empt. l. 5. §. 2. ff. commod. l. 23. ff. de R. J. l. 36. ff. de act. empt. CARPZ. P. 2. C. 26. Def. 24.

Zum andern so gehet der Schaden auch über den Verkäuffer, wenn nehmlich der Verkäuffer mit der Ubergabe der verkauften Sache einen Verzug und moram begangen hat, und es ist darnach dieselbe Sache umkommen und verdorben. Denn in solchem Falle gehet der Schade über den Verkäuffer ob moram, casus enim nocet moroso. l. 4. l. fin. C. de periculo rei venditæ. CARPZ. P. 2. C. 26. Def. ult. woselbst er auch anführet und behaupten will, daß wenn gleich die verkaufte Sache dem Käuffer wäre von dem Verkäuffer zu rechter Zeit tradiret und übergeben worden, nichts destoweniger die Sache bey dem Käuffer auf gleiche Weise umgekommen und verdorben wäre, als wohl bey dem Verkäuffer geschehen ist, nichts destoweniger der Schaden über den Verkäuffer, wegen seiner begangenen mora, gehe. Wiewohl ich pflichte dieser Meynung nicht schlechterdings bey, sondern nur in dem Falle, wenn nehmlich der Käuffer beweisen kan, daferne ihm die Sache zu rechter Zeit

wäre

wäre übergeben worden, hätte er Gelegenheit gehabt dieselbige wieder zu verkauffen. Daher STRYCK ad LAUTERB. C. J. Tit. de peric. rei vendit. verb. *Eodem modo* nicht unbillig also schreibet: Minus æqua est hæc sententia, cum sic emtor nullum interesse prætendere possit, quod res sibi non citius tradita; aliud ergo obtinet, si emtor probare possit, se rem, si mox tradita fuisset, iterum voluisse & potuisse vendere. *vid. l. 14. §. 11 ff. quod met. caus.* Hoc enim demum casu mora venditoris emtori nocuit; quia scilicet res, alteri jamjam rursus vendita ita periisset emtor tamen pretium habuisset salvum. Und diesem stimmet auch TITIUS in Observat. Lauterb. 560. bey.

Ob nun aber schon gedachter massen ordentlicher Weise der Schade post moram a venditore in tradendo commissam über den Verkäuffer gehet, so leidet doch dieses wieder seinen Abfall, wenn der Verkäuffer nachgehends seine moram purgiret hat per subsecutam obligationem. Denn wenn er den 1. Aug. hätte die Sache übergeben wollen, er übergiebt sie aber erst den andern September an den Käuffer, den 4. September verbrennt die Sache, so gehet der Schaden nicht über den Verkäuffer, sondern vielmehr über den Käuffer. Ja wenn der Verkäuffer seine moram durch die nachhero erfolgte oblationem una cum interesse purgiret, und dem Käuffer die Sache, so er ihm ver-

verkauft hat, nunmehro sammt denen a tempore moræ gefälligen Interessen übergeben will, der Käuffer aber will die Sache nicht annehmen, des Nachts darauf verbrennet dieselbe Sache, so muß der Schaden über den Käuffer gehen. Quandocunque enim unterque est in mora posterior est damnosa l. 17. de peric. & commod. rei vendit. Jedoch muß die vorhergehende von dem Verkäuffer begangene mora nicht eine mora dolosa seyn. Denn wenn es eine mora dolosa gewesen, so wird durch die nacherfolgte oblation dieselbe mora nicht purgiret. Dolus enim non æquæ facile purgatur, quam simplex mora, quippe quæ per solam negligentiam admittitur: ex dolo autem semel commisso statim nascitur actio doli ad interesse *l. 51. §. 1. ff. de act. emt.* PEREZ. *in C. Tit. de peric. & commod. rei vendit. n. 10.*

Es gehet ferner und zum dritten der Schaden auch über den Verkäuffer, wenn derselbe nehmlich in dem Kauf-Contract bis zur erfolgten Ubergabe das periculum und den casum über sich genommen hat. l. 1. pr. ff. de peric. & commod. rei vend. Jedoch wird erfordert, daß er auch mit deutlichen und expressen Worten das periculum und den casum fortuitum über sich genommen habe. Denn wenn es nicht ausdrücklich in dem Kauf-Contract bedinget worden, sondern es seyn nur verba æquipollentia, und gleichlautende Worte gewesen,

wesen, so ist der Verkäuffer nicht schuldig den casum fortuitum über sich zu nehmen. Mithin folget daraus, daß wenn der Verkäuffer nur die blosse custodiam oder Verwahrung der verkauften Sache bis zur Zahlung dem Käuffer versprochen hat, so hat der Verkäuffer nicht das periculum und den casum fortuitum über sich genommen, sondern nur exactissimam custodiam versprochen. Demnach gehet in solchem Falle der Schaden über den Käuffer, nicht aber über den Verkäuffer. VINNIUS ad §. 1. J. de empt. n. 10. PEREZ. in C. l. c. n. 8. LAUTERB. C. J. Tit. 6. Lib 18. p. 352.

Die Continuation dieses Tituls soll jüngsthin folgen.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Vorhoff der gantzen Jurisprudenz Oder Vollständige Einleitung zum Iure Civili, Feudali, Canonico und Publico

Bd.: 27.

Braunschweig (1733)

J.rom.c. 329-25/36
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566050-9
VD18 80294189-001